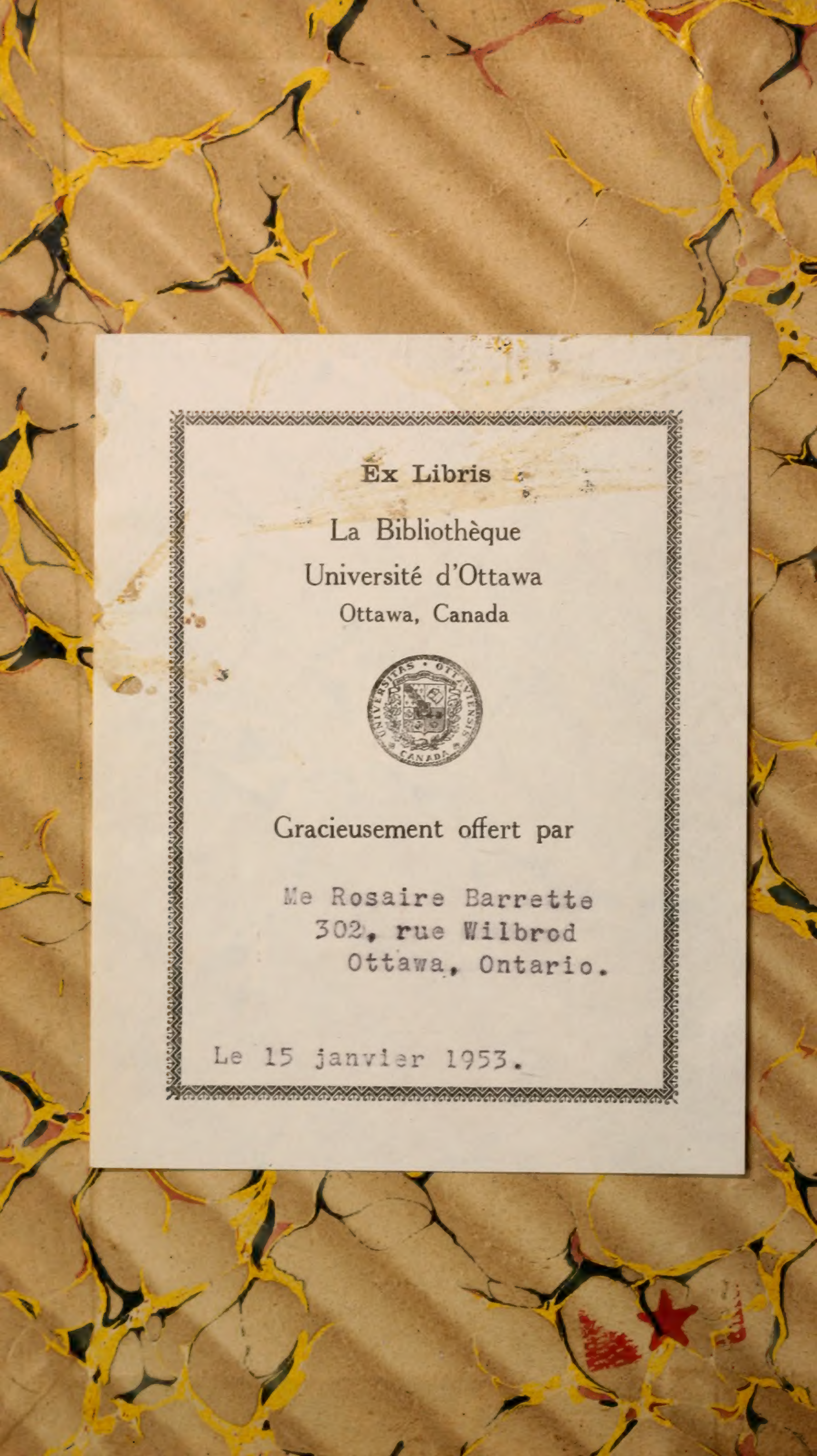
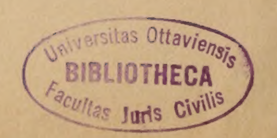



Ex Libris
La Bibliothèque
Université d'Ottawa
Ottawa, Canada
UNIVERSITAS · OTTAVIENSIS
CANADA
Gracieusement offert par
Me Rosaire Barrette
302, rue Wilbrod
Ottawa, Ontario.
Le 15 janvier 1953.





COURS

DE

CODE NAPOLÉON

XXVIII

2. — PARIS, TYPOGRAPHIE LAHURE
Rue de Fleurus,

TRAITÉ

DES CONTRATS

OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

EN GÉNÉRAL

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR D'APPEL DE CAEN
COMMANDEUR DE LA LÉGION D'HONNEUR

TOME CINQUIÈME

PARIS

IMPRIMERIE GÉNÉRALE

RUE DE FLEURUS, 9

DURAND & PEDONE LAURIEL — HACHETTE ET C[ie]

LIBRAIRES — LIBRAIRES

RUE CUJAS, 9 (ANC. RUE DES GRÈS) — BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 79

COSSE, MARCHAL ET BILLARD

PLACE DAUPHINE, 27

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais : J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de Duvergier sur l'édition de 1846; de Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées ;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE TROISIÈME.

DES

CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

SECTION I.

DU PAYEMENT.

§ III.

DE L'IMPUTATION DES PAYEMENTS.

SOMMAIRE.

1. — Exposition.
2. — Historique.
3. — Division.
4. — I. L'imputation peut, suivant les cas, être faite : par le débi-

teur; — par le créancier; — par la loi.
5. — *a*. De l'imputation qui est faite par le débiteur.
6. — Suite.
7. — Suite.
8. — Il importe de distinguer le cas où il existe plusieurs dettes d'avec le cas où il n'existe qu'une seule dette.
9. — Du cas où il n'existe qu'une seule dette.
10. — Suite.
11. — Suite.
12. — Suite. — Faut-il distinguer, dans l'application de l'article 1254, entre les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires?
13. — L'article 1254 est-il applicable à la dette de dommages-intérêts?
14. — Est-il applicable à la dette des frais?
15. — Il faut, pour que l'article 1254 soit applicable, que les intérêts ou les frais soient exigibles.
16. — Le payement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts. — Explication.
17. — Faut-il excepter le cas où il y aurait eu dol ou surprise de la part du débiteur?
18. — Suite.
19. — Suite.
20. — Suite.
21. — Sur quelle partie de la dette doit s'imputer un payement qui n'est pas intégral, lorsqu'une seule et même dette est, en partie, privilégiée, et, en partie, chirographaire?
22. — La même question peut s'élever dans le cas d'un cautionnement qui ne porterait que sur une partie de la dette.
23. — Et dans le cas, tout semblable, d'une hypothèque qui n'aurait été constituée aussi que pour une partie de la dette.
24. — Suite. — Autre exemple.
25. — L'article 1254 est-il applicable au cas où les dettes sont multiples aussi bien qu'au cas où la dette est unique?
26. — Suite.
27. — Suite.
28. — L'unité de la dette n'est pas le seul obstacle qui s'oppose au libre exercice par le débiteur, de son droit d'imputation. Lors même qu'il existe plusieurs dettes, ce droit ne peut être exercé que sous la réserve du droit réciproque du créancier. — Explication.
29. — Suite.
30. — Suite.
31. — Suite.
32. — Il faut que l'imputation soit faite par le débiteur au moment du payement.
33. — Suite.
34. — Suite.
35. — *b*. De l'imputation qui est faite par le créancier. — Exposition.
36. — Suite.
37. — Il faut que l'imputation soit faite par le créancier au moment du payement.
38. — Il faut qu'il n'y ait pas eu dol ou surprise de la part du créancier.

39. — Suite.
40. — Suite.
41. — Suite.
42. — Suite.
43. — c. De l'imputation qui est faite par la loi. — Exposition.
44. — Suite.
45. — Suite.
46. — 1° L'imputation légale porte d'abord sur la dette échue, à l'exclusion de la dette non échue.
47. — Il faut exclure de même les dettes naturelles et les dettes contestées.
48. — 2° Entre dettes échues, l'imputation se fait, dans l'intérêt du débiteur, sur celle des dettes qu'il lui importait le plus d'acquitter au moment du payement. — Explication.
49. — Suite.
50. — 3° Entre dettes d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne.
51. — Que faut-il entendre par ces mots : la dette la plus ancienne?
52. — Suite.
53. — 4° Enfin, toutes choses égales, l'imputation se fait proportionnellement.
54. — Suite.
55. — Suite.
56. — De quelle manière l'imputation doit-elle être faite, lorsque toutes les dettes sont non échues ?
57. — Les règles générales sur l'imputation des payements ne sont pas applicables au cas où le créancier se paye, par lui-même, d'une chose qui lui est hypothéquée.
58. — Suite.
59. — Ces règles ne sont pas non plus applicables au compte courant, tant qu'il dure.
60. — Les règles sur l'imputation des payements n'ont pas, d'ailleurs, un caractère impératif. — Conséquence.
61. — II. Quel est l'effet de l'imputation?
62. — Suite.

1. — Le même débiteur est tenu, envers le même créancier, de plusieurs dettes.

Et il fait un payement insuffisant pour les éteindre toutes.

Laquelle sera éteinte ?

Telle est cette question de *l'imputation des payements*.

2. — Les jurisconsultes romains ont très-judicieusement posé les règles qui la gouvernent. (comp. les Titres du Digeste et du Code : *De solutionibus et liberationibus*.)

Ces règles ont été recueillies par nos anciens jurisconsultes français.

Et c'est au *Traité des Obligations* de Pothier, que les rédacteurs de notre Code les ont empruntées.

3. — Nous avons à examiner :

I. — De quelle manière l'imputation peut avoir lieu ;

II. — Quel en est l'effet.

4. — I. De nos textes, il résulte que l'imputation peut avoir lieu de trois manières, et qu'elle peut, suivant les cas, être faite :

a — Par le débiteur ;

b — Par le créancier ;

c — Par la loi.

5. — *a*. L'article 1253 est ainsi conçu :

« Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de décla-
« rer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter. »

Voilà donc d'abord l'imputation faite par le débiteur.

Elle est la première et précède les deux autres.

Les termes de l'article sont même tels qu'ils la présentent comme formant la règle générale en cette matière ;

De sorte que la loi n'institue principalement que ce premier mode d'imputation, et qu'il n'y a lieu de recourir aux autres que subsidiairement, à défaut de celui-ci.

Telle nous paraît être, en effet, la règle.

Et nous concluons, avec l'article 1253, que c'est, avant tout, le droit du débiteur de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter.

6. — Mais il importe de bien entendre cette règle, et de marquer exactement la limite qu'elle ne saurait franchir, sans cesser d'être vraie.

Pour cela, il est nécessaire de préciser l'hypothèse, à laquelle elle s'applique.

Or, cette hypothèse est celle dans laquelle le débiteur est, pourrions-nous dire, le maître de la situation ; en d'autres termes, celle dans laquelle les différentes dettes, dont il est tenu envers le créancier, sont telles, qu'il

pourrait, à son gré, le forcer de recevoir, indistinctement et séparément, l'une ou l'autre, avec la prestation qu'il lui offre.

Je suis débiteur, envers Paul, de deux dettes, de 10 000 fr.: l'une, provenant d'un prêt; l'autre, provenant d'une vente ou de tout autre cause.

Les deux dettes sont, disons-nous, de sommes d'argent, choses essentiellement fongibles.

Elles sont toutes les deux exigibles.

En un mot, telle est la situation, que je puis, comme il me plaira, lui payer, séparément et isolément, celle des deux que je voudrai. (Comp. le Tome IV de ce *Traité* nº 239.)

Il est bien clair alors que, si je ne lui apporte que 10 000 fr., quoique je lui doive en tout 20 000 fr., je suis libre, en effet, d'imputer ces 10 000 fr. sur celle des deux dettes, que je préfère acquitter.

Le droit, qui m'appartient de payer l'une ou l'autre séparément, implique, par cela même, le droit d'imputer sur l'une ou sur l'autre, le payement que je fais, et qui est insuffisant pour les acquitter toutes deux.

C'est l'hypothèse, qu'Ulpien avait en vue, lorsqu'il disait :

«... *est in arbitrio solventis dicere quod potius debitum voluerit solutum...*» (L. I, ff. *de Solut.*)

Le motif qu'il en donne, et qui est vrai, en effet, pour ce cas, ne le serait pas toujours pour d'autres :

« *Possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus.*»

Telle est aussi l'hypothèse, que l'article 1253 a en vue, lorsqu'il dispose que :

«... *Le débiteur a le droit de déclarer, lorsqu'il paye,*
« *quelle dette il entend acquitter.* »

Oui, dans cette hypothèse, c'est le droit du débiteur ; Son droit absolu et souverain !

Aussi, a-t-on pu dire que, dans ce cas, l'imputation n'est ni conventionnelle ni légale, et qu'elle est *arbi-*

traire... in arbitrio solventis! (comp. Larombière, t. III, art. 1252 n° 2.)

7.—L'explication, que nous venons d'en fournir, a, par avance, démontré jusqu'où va l'application de la règle et où elle s'arrête.

Elle s'arrête là où le droit du débiteur rencontre, pour limite, le droit du créancier;

C'est-à-dire lorsque le débiteur, en effet, n'est plus, comme nous le disions, le maître de la situation, et que les dettes, dont il est tenu envers le créancier, sont telles, au contraire, qu'il ne pourrait pas le forcer de recevoir l'une ou l'autre indifféremment, avec la prestation qu'il lui offre.

N'ayant pas alors le droit de payer, à son gré, l'une ou l'autre, il ne saurait avoir non plus le droit d'imputer à son gré, sur l'une ou sur l'autre, le payement qu'il vient faire.

Cette restriction de notre règle est capitale; et elle peut elle-même recevoir d'importantes applications.

8. — Nous en trouvons un exemple dans l'article 1254, qui la consacre en ces termes :

« Le débiteur d'une dette, qui porte intérêt ou produit « des arrérages, ne peut point, sans le consentement du « créancier, imputer le payement qu'il fait, sur le capi- « tal, par préférence aux arrérages ou intérêts; le paye- « ment fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point « intégral, s'impute d'abord sur les intérêts. »

Cette disposition se compose, comme on voit, de deux parties :

La première est relative surtout à un point de droit;

La seconde, surtout à un point de fait.

9. — Et d'abord, en droit, ce que décide la première partie de l'article 1254, c'est précisément ce que nous venons de dire, à savoir : que le droit du débiteur, en matière d'imputation, a pour limite le droit du créancier, et qu'il ne peut pas l'exercer de manière à blesser le légitime intérêt de celui-ci.

Notre texte en fournit un premier exemple, et très-décisif!

C'est celui où il n'existe qu'une seule dette.

Je dois à Paul un capital exigible de 100 000 fr. avec intérêts à cinq pour cent par an.

Il y a quatre ans que je n'ai payé les intérêts, qui s'élèvent donc, en ce moment, à 20,000 fr.

De sorte que ma dette totale est de 120,000 francs.

Ou bien, c'est une rente, dont je suis débiteur envers Paul, une rente au capital de 100 000 francs, produisant des arrérages annuels de 5 000 francs.

Et, par suite de mon retard, je lui dois aussi actuellement 20 000 fr. d'arrérages échus.

En cet état, n'ayant à ma disposition qu'une somme de 80 000 fr. je me présente pour la lui payer; et ce payement, qui est insuffisant pour éteindre la totalité de ma dette, je prétends l'imputer sur le capital, par préférence aux intérêts ou arrérages, de manière à ne devoir plus que le cinquième du capital et à devoir toujours la totalité des intérêts ou arrérages.

Telle est la prétention, que la première partie de l'article 1254 déclare légalement inadmissible (comp. L. I. Cod. *de Solut.*; Pothier n° 570.)

Pourquoi?

Parce que les rôles sont changés!

Ce n'est plus le débiteur qui est, comme dans l'hypothèse précédente, le maître de la situation; cette fois, c'est le créancier!

En effet, le créancier peut refuser un payement partiel; son droit est d'exiger le payement intégral de la totalité de la dette; (art. 1244.)

Or, il n'existe ici qu'*une dette* (art. 1254); nous avons reconnu, en effet, que la totalité de la dette comprend non-seulement le capital, mais aussi les accessoires, c'est-à-dire les arrérages ou intérêts dûs; (comp. le t. IV de ce *Traité* n° 238.)

Donc, le débiteur ne saurait, sans le consentement du créancier, faire, en cas pareil, une imputation!

La réponse du créancier serait péremptoire; il n'aurait qu'à refuser absolument de recevoir ce payement partiel.

C'est-à-dire que la théorie de l'imputation implique nécessairement l'existence *de plusieurs dettes*, (art. 1253) de *diverses dettes*, (art. 1255), entre lesquelles le débiteur peut choisir.

Et par conséquent, cette théorie est inapplicable au cas où il n'existe qu'une dette unique, à l'égard de laquelle le débiteur n'a pas le choix entre un payement partiel et un payement intégral.

Voilà le principe de droit, que la première partie de l'article 1253 consacre; et telle en est, suivant nous, la première et la meilleure explication.

10. — On l'explique encore, en disant que l'imputation, que le débiteur prétendrait faire sur le capital, par préférence aux intérêts ou arrérages, serait contraire à la convention des parties et à l'équité.

Elle serait contraire à la convention des parties loyalement interprétée; car il est manifeste qu'il a été dans leur commune intention que les intérêts ou arrérages, quoiqu'ils puissent être payés séparément, seraient néanmoins toujours payés avant le capital, dont ils ne sont que les accessoires, et qui est précisement destiné à les produire. Voilà comment, en effet, l'article 1908 dispose que : « La quittance du capital, donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le payement, et en opère la libération. » Et c'est aussi pourquoi l'article 2081 dispose que: « S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dûs. »

Elle serait contraire à l'équité; car elle changerait la situation des parties, au détriment du créancier, en substituant au capital, qui produit des intérêts ou des arrérages, un autre objet qui n'en produirait que dans

des conditions plus difficiles, ou qui même ne serait pas du tout susceptible d'en produire. (art. 1153-1154; comp. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, Législat. civ. t. XII p. 372; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV p. 166; Colmet de Santerre, t. V. n° 198 *bis* 11.)

Ces considérations sont excellentes assurément ; elles prouvent, en effet, que l'équité est d'accord avec la logique, pour justifier le droit, que l'article 1254 reconnaît au créancier de s'opposer à ce que le débiteur, qui fait un payement partiel d'une seule dette, l'impute sur le capital par préférence aux intérêts ou arrérages.

Mais ce que nous maintenons, c'est que la véritable explication de cet article, son explication scientifique est celle que nous avons présentée ; à savoir : que le droit d'imputation n'appartient au débiteur que lorsqu'il existe plusieurs dettes, entre lesquelles il peut choisir.

11. — M. Larombière a écrit que :

« L'imputation suppose essentiellement le concours de plusieurs dettes, *ou du moins de plusieurs portions d'une même dette de différente nature.* » (t. III, art. 1253 n° 1.)

La question d'imputation peut s'élever, il est vrai, dans ces deux hypothèses.

Mais il importe, suivant nous, de ne pas les confondre.

Or, il nous semble reconnaître une certaine tendance vers cette confusion, soit dans le passage de l'éminent auteur, que nous venons de citer, soit aussi dans l'arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 1867. (Charvet, Dev. 1868, I. 80.)

Cet arrêt, qui rejette le pourvoi qui avait été formé contre un arrêt de la Cour de Lyon, est ainsi conçu :

« Attendu que l'arrêt attaqué, supposant d'abord qu'il a existé deux dettes distinctes, dont l'une seulement était garantie par une hypothèque, et admettant ensuite qu'il a pu n'exister qu'une seule dette garantie par une hypothèque jusqu'à concurrence d'une quotité déterminée, déclare, en fait, pour l'une et pour l'autre hypothèse,

que l'intention avérée du débiteur a été de ne pas faire porter les payements qu'il a effectués sur la dette ou sur la portion de la dette, qui avait la garantie hypothécaire....»

Eh bien! nous croyons qu'il n'est pas juridiquement exact de confondre ainsi ces deux hypothèses, par une sorte d'assimilation, dans la même formule (comp. *infra* nos 21, 22, 23 et 24.)

Les règles, qui gouvernent l'imputation dans l'une et dans l'autre, sont, en effet, très-différentes!

Existe-t-il plusieurs dettes?

C'est au débiteur que le droit d'imputation appartient.

N'existe-t-il qu'une seule dette?

C'est au créancier.

Voilà ce qui résulte de nos textes.

Et nous venons d'établir que les textes sont, en ceci, conformes aux principes.

Or, quelle est celle des deux hypothèses, que le législateur a principalement en vue dans la section qui nous occupe?

Nous n'hésitons pas à répondre que le législateur a en vue l'hypothèse, dans laquelle, en effet, la question d'imputation peut s'élever le plus souvent et avec le plus d'importance;

C'est-à-dire celle où le débiteur est tenu de *plusieurs dettes, de diverses dettes* envers le même créancier.

Tel est le cas auquel s'appliquent les articles 1253, 1255 et 1256.

Si le législateur, dans l'article 1254, a prévu l'hypothèse où il n'existe *qu'une dette*, c'est sans doute afin de mieux faire ressortir encore, par ce contraste, l'hypothèse à laquelle seulement il applique les autres articles de cette section.

12. — « La règle que l'imputation doit se faire sur les intérêts avant que de se faire sur le capital, n'a pas lieu, disait Pothier, à l'égard de ceux, qui sont dûs par

un débiteur pour peine de sa demeure, du jour de la demande en justice. Ces intérêts sont adjugés comme des dommages-intérêts et forment une dette distincte du principal; et ce que le débiteur paye, lorsqu'il n'y a point d'imputation de faite, s'impute sur le principal plutôt que sur les intérêts... » (n° 571).

Telle était, en effet, l'ancienne jurisprudence coutumière, notamment à Paris.

On distinguait les intérêts compensatoires, qui sont le prix de la jouissance du capital, d'avec les intérêts moratoires, qui sont la peine de la demeure du débiteur, pour appliquer aux premiers seulement la règle que l'imputation doit se faire sur les intérêts, avant de se faire sur le capital. Quant aux intérêts moratoires, l'imputation était faite d'abord sur le capital, et, comme on disait, *sur la partie la plus dure.*

La règle n'était d'ailleurs applicable aux intérêts même compensatoires, que dans les cas, exceptionnels aussi à cette époque, où le principal pouvait produire des intérêts, comme lorsqu'il s'agissait des arrérages de rente, ou des intérêts, qui couraient de plein droit, tels que les intérêts de légitime, de dot, de prix de vente d'immeubles. (Comp. Argou, Inst. t. II. p. 369-370; Lecamus, *Traité des créances*, p. 258).

Cette distinction entre les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires doit-elle encore être faite, en présence de notre article 1254?

On l'a soutenu ainsi et que le texte nouveau ne devait pas non plus être appliqué aux intérêts moratoires (comp. Duranton, t. XII, n° 192; Marcadé, art. 1254 n° 3).

Mais nous ne pensons pas que cette solution soit exacte; et notre avis est, au contraire, que l'article 1254 est applicable aux uns comme aux autres :

1° Le texte est général; et c'est mal à propos, suivant nous, que les dissidents prétendent qu'il consacre implicitement l'ancienne distinction.

Il s'applique, en effet, à toute dette, *qui porte intérêt;*

Or, les intérêts peuvent courir, soit en vertu de la convention, soit en vertu de la demande en justice. (art. 1153-1154);

Donc, une fois que la demande en justice a été formée, il est rigoureusement exact de dire que désormais la dette porte intérêts.

2° Les motifs, sur lesquels l'article 1254 est fondé, nous paraissent d'ailleurs, autant que ses termes, résister à une telle distinction.

Est-il équitable que le débiteur, qui fait un payement insuffisant pour s'acquitter intégralement, puisse, au détriment du créancier, imputer le payement sur le capital, qui produit des intérêts, plutôt que sur les intérêts, qui n'en produisent pas; et cela, précisément parce qu'il est demeure et en faute!

Est-ce conforme à l'interprétation loyale de la convention?

Est-il vrai enfin qu'il y ait là deux dettes distinctes et indépendantes?

Voilà ce que nous saurions admettre.

3° Quant à la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État, et que Marcadé invoque à l'appui de sa doctrine, nous ne pensons pas qu'elle la justifie; car les orateurs se sont bornés à rappeler la différence, qui existait autrefois, sur ce point, entre le droit coutumier et le droit écrit, sans rien dire qui puisse restreindre la généralité de l'article 1254, qu'ils adoptaient. (Comp. Fenet, t. XIII p. 378-379; Delvincourt, t. II, p. 55 n°; Favard, Répert. v° *Imputation* § 3; Massé et Vergé, t. III, p. 429; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 166; Larombière, t. III, art. 1254, n° 4.)

13. — Ce qui pourrait être vrai seulement, c'est que l'article 1254 cesserait d'être applicable dans le cas, que M. Larombière suppose, où le débiteur aurait été con-

damné, à l'occasion d'une dette, à des dommages-intérêts, qui pourraient être considérés comme formant eux-mêmes une dette distincte et indépendante. (Comp. Larombière, *loc. supra cit.* n° 5).

14. — Quant aux frais, que le créancier aurait été obligé de faire à l'occasion de la dette, ils forment un accessoire, qui se confond avec le principal.

L'article 1254 y est donc applicable.

Et l'imputation doit être faite, en conséquence, sur ces frais, par préférence soit au capital de la dette, à l'occasion de laquelle ils ont eu lieu, soit aux intérêts, qui pourraient être dûs; car les frais passent avant tout! (Art. 1258 3°; comp. le tom. III de ce *Traité*, n° 238; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV p. 167; Larombière, t. III, art. 1254, n° 5.)

15. — Il est d'ailleurs bien entendu que cette disposition de l'article 1254 ne peut recevoir d'application, que lorsqu'il s'agit d'intérêts exigibles.

Telle est, en effet, la règle générale. (Comp. *infra* n° 27; Cass. 18 janv. 1832, Dev. 1833,1,74; Lyon, 30 août 1861, Duberachet, Dev. 1862,II,126; ajout. art. 445 Code de Comm.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 166; Larombière, t. III, art. 1254, n°3).

16. — II. La seconde partie de l'article 1254 décide que :

« Le payement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts. »

Et c'est là surtout, avons-nous dit, la décision d'un point de fait. (*Supra* n° 9).

Pour s'en rendre compte, il faut d'abord poser ce principe, qui est de toute évidence : que les parties peuvent convenir, contrairement à la première partie de l'article 1254, que le payement sera imputé sur le capital, par préférence aux intérêts.

Cette convention, qui ne blesse en rien l'ordre public, fait alors leur loi commune (art. 1134).

Le créancier est, en effet, bien libre, s'il le veut, de consentir à recevoir d'abord le capital, avant les intérêts.

Et son consentement résulterait même, d'une manière suffisante, indépendamment de toute clause expresse à cet égard, de la simple mention faite dans la quittance que l'imputation aura lieu sur le capital.... *Si qui dabat, in sortem se dare dixisset.*

Le créancier, *qui a bien voulu accepter cette quittance*, disait Pothier, ne peut plus par la suite contester l'imputation qu'elle porte. (n° 545; L. 102, § 2 ff., *De Solut.*; comp. Toullier, t. IV, n° 175.)

17. — Faut-il excepter le cas où il y aurait eu dol ou surprise de la part du débiteur?

L'article 1255 édicte cette exception pour l'hypothèse où c'est le créancier, qui a fait l'imputation dans la quittance.

Mais, pourrait-on dire, c'est là, en effet, une disposition exceptionnelle. (*Infra*, n° 35.)

Et de ce que la loi a cru devoir subvenir au débiteur, qui est toujours plus favorable, on n'en peut pas conclure qu'elle ait voulu accorder la même faveur au créancier.

Nous croyons, toutefois, que cette disposition de l'article 1255 devrait être appliquée à l'un comme à l'autre.

Les motifs nous paraissent être les mêmes dans les deux cas.

Et si les juges reconnaissent, en fait, que c'est le débiteur qui a surpris la bonne foi et la confiance du créancier par une imputation glissée perfidement dans la quittance, nous regretterions beaucoup que cette déloyale manœuvre ne pût pas être déjouée :

« .... *Bona occasio est*, disait Ulpien, *cœtera quæ*
« *tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel*
« *certe jurisdictione suppleri.* » (L. 13 ff., *de Legibus ;*

comp. Duranton, t. XII, n° 192; Larombière, t. III, art. 1254, n° 2.)

18. — Et, maintenant, voici ce que suppose la seconde partie de l'article 1254.

Il était dû en capital, 100 000 fr., et en intérêts, 20 000 fr.

Le débiteur remet au créancier une somme de 80 000 fr.

Et la quittance porte que *l'imputation est faite sur capital et intérêts.... in sortem et usuras.*

Comment faut-il entendre cette clause ?

L'imputation sera-t-elle faite d'abord sur le capital, parce que le mot : *capital* est écrit le premier, dans la quittance, avant le mot : *intérêts ?*

Sera-t-elle faite proportionnellement sur le capital et les intérêts, parce que l'un et l'autre mot y sont écrits ?

Eh bien! non; il ne faut admettre ni l'une ni l'autre de ces imputations.

C'est d'abord sur les intérêts, que l'imputation doit être faite, *prius in usuras*, et ensuite sur le capital,... *si quid superest, in sortem.*

Voilà ce que décidait Ulpien, en Droit Romain. (L. 5, § 3 ff., *de Solut.*)

Et Pothier, dans notre ancien Droit (n° 570).

Telle est également la disposition de notre Code.

Et très-justement, par les motifs, que nous avons déjà fournis (*supra*, nos 9-10).

Dans notre exemple donc, les 80 000 fr. payés éteindront intégralement d'abord les 20 000 fr. d'intérêts, et n'éteindront ensuite que pour 60 000 fr., le principal de 100 000 francs, qui restera dû au chiffre de 40 000 francs.

19. — Cette solution, que la seconde partie de l'article 1254 applique aux intérêts d'un capital, est-elle aussi applicable aux arrérages d'une rente ?

Évidemment oui ! suivant nous.

Où serait, en effet, le motif de différence entre l'une et l'autre hypothèse ?

Il est vrai que la première partie de l'article 1254 mentionne à la fois *les intérêts et les arrérages*, tandis que la seconde partie ne mentionne que *les intérêts.*

Mais il nous paraît certain qu'il n'y a aucune déduction à tirer de cette différence ; et c'est précisément pour faire cette remarque que nous avons cru devoir poser la question.

Est-ce par inadvertance, que le rédacteur de l'article, après avoir mentionné les intérêts et les arrérages dans la première partie, n'a mentionné que les intérêts dans la seconde ?

Peut-être !

Il se pourrait aussi qu'il eût, mal à propos, appliqué à l'hypothèse, qui fait l'objet de la seconde partie de l'article 1254, une distinction que Pothier proposait sur une hypothèse différente, entre les intérêts d'un capital exigible et les arrérages d'une rente.

Cette hypothèse, à laquelle nous arrivons, était, en effet, différente, comme on va le reconnaître.

20. — Cette fois, la quittance ne porte pas que l'imputation est faite sur le capital et intérêts.

Elle garde le silence sur l'imputation.... *Nullo pacto interveniente*, disait Scævola. (L. 102, § 3 ff., *de Solut.*)

Ou même, elle porte que l'imputation est faite sur les intérêts ou les arrérages.

Mais la somme, que le débiteur a remise au créancier, dépasse le montant des intérêts ou des arrérages, qui étaient dus.

Il était dû 20 000 fr. d'intérêts ou d'arrérages.

Et le débiteur a payé une somme de 40 000 fr.

Que ferons-nous des 20 000 fr. qui dépassent le chiffre des intérêts ou des arrérages dus ?

C'est ici que Pothier plaçait sa distinction.

S'agit-il des intérêts d'un capital exigible ?

Le surplus sera imputé sur le capital.

S'agit-il des arrérages d'une rente ?

Le surplus pourra être répété par le débiteur, si c'est par erreur qu'il l'a payé.

Le motif de cette différence, c'est que le principal d'une rente constituée n'est pas dû; il n'est que *in facultate luitionis;* et le créancier n'est pas présumé avoir consenti le rachat de sa rente par partie. (Pothier, n° 570.)

Marcadé a vivement combattu cette distinction, en objectant que, dès que le débiteur a payé, par erreur, une somme supérieure aux intérêts ou arrérages, la répétition doit lui être accordée dans les deux cas, soit qu'il s'agisse d'un capital exigible, soit qu'il s'agisse d'un principal de rente. (Art. 1254, n° 11.)

Ce motif est, en effet, sérieux ; et nous avons voulu le relever.

Remarquons toutefois qu'il ne s'agit ici que d'un point de fait et d'une question d'interprétation.

Or, on ne saurait méconnaître qu'il sera, en général, plus facile de présumer que les parties ont pu entendre que l'excédant serait imputé sur le principal, lorsque le principal est lui-même exigible, que lorsqu'il ne l'est pas, comme celui d'une rente.

C'est à ce point de vue que la distinction de Pothier nous semble pouvoir être encore proposée, sous la réserve, d'ailleurs, des circonstances particulières du fait, qui seraient de nature à la modifier. (Comp. Duranton, t. XII, n° 192.)

21. — Avant de quitter l'article 1254, nous voulons remarquer encore combien il importe de ne pas confondre l'hypothèse, dont il s'occupe exclusivement, à savoir : celle où il n'existe qu'une dette, avec l'hypothèse dont s'occupent au contraire exclusivement les articles 1253, 1255 et 1256, à savoir : celle où il existe plusieurs dettes. (Comp. *supra*, n° 11.)

C'est, en effet, cette distinction, qui doit fournir, suivant nous, la clef de plusieurs difficultés importantes, qui se sont élevées sur notre matière.

On a mis, par exemple, en question sur quelle partie de la dette doit s'imputer un payement, qui n'est pas intégral, lorsqu'une seule et même dette est, en partie, privilégiée, et, en partie, chirographaire. (Comp. art. 2103 4°.)

Sur un terrain d'une valeur de 100 000 fr., j'ai fait faire une construction, qui m'a coûté 40 000 fr. et dont la plus-value n'est que de 20 000 fr.

Les procès-verbaux ont été, nous le supposons, régulièrement dressés, avant et après la confection des travaux, conformément à la loi.

Voilà donc une dette de 40 000 fr., privilégiée pour moitié, et, pour moitié, chirographaire.

En cet état, j'ai payé à l'architecte une somme de 20 000 fr., sans qu'aucune imputation ait été faite dans la quittance.

Sur quelle partie de la dette le payement devra-t-il être imputé ?

Trois opinions sont en présence :

a. — La première enseigne que l'imputation doit être faite sur la partie privilégiée de la dette, et que les 20 000 fr. qui restent dus, ne forment plus qu'une dette chirographaire. (Comp. Persil, *Régime hypoth.*, art. 2103, § 4, n° 10.)

b. — D'après la seconde opinion, qui compte plus de partisans, l'imputation doit être faite proportionnellement; et les 20 000 fr. qui restent dus, forment encore, pour moitié, une dette privilégiée, et, pour moitié, une dette chirographaire. (Comp. Grenier, *des Hypoth.*, t. II, n° 412; Duranton, t. XIX, n° 191; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Priv., hypoth.*, n° 35.)

c. — Enfin la troisième opinion, que nous n'hésitons pas, pour notre part, à proposer, décide, au contraire,

que l'imputation doit se faire (si tant est qu'il puisse être ici question d'imputation !) sur la partie chirographaire de la dette; et que les 20 000 fr. qui restent dus, forment, pour le tout, désormais une dette privilégiée.

Il y en a deux motifs:

1° Le premier, qui rentre dans notre sujet, c'est qu'il n'existe qu'une seule dette.

Or, en cas pareil, la règle est dans l'article 1254, et non pas dans les articles 1253, 1255, 1256.

C'est-à-dire que l'imputation doit être faite non pas dans l'intérêt du débiteur, mais dans l'intérêt du créancier.

Prétendre, comme Persil, qu'il existe alors deux dettes, c'est méconnaître le caractère de la convention. Est-ce que je pourrais, sans son consentement, payer à mon architecte une partie des 40 000 fr. que je lui dois? assurément non! et pourquoi? sinon parce qu'il n'existe, entre lui et moi, qu'une seule dette. (Art. 1244.)

C'est bien là ce que reconnaissent MM. Grenier, Duranton et Dalloz.

Mais alors, comment peuvent-ils conclure à une imputation proportionnelle? c'est méconnaître la règle fondamentale, que nous venons de poser, et qui nous paraît, en effet, l'une des bases de cette matière.

2° Ce motif suffirait à notre démonstration.

Ajoutons pourtant cet autre motif, qui n'est pas moins décisif juridiquement, et qui se confond d'ailleurs avec le premier.

C'est que le gage est indivisible, et qu'il garantit, pour le tout, la créance tout entière, et chacune de ses parties. (Art. 2083, 2114.)

Cela est vrai aussi, bien entendu, du privilége, qui constitue la qualité même de la créance! (Art. 2095; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 175; Martou, *des Priv. et Hypoth.*, t. II, n° 608; Pont, *des Priv. et des Hypoth.*, n° 214.)

22. — La même solution serait, par les mêmes motifs, applicable dans le cas d'un cautionnement, qui ne porterait que sur une partie de la dette.

On trouve, il est vrai, dans le Recueil d'Augeard, un arrêt du 3 août 1709, qui a jugé que le débiteur n'ayant donné caution que pour la moitié de sa dette, la somme, qu'il avait payée à valoir, sans imputation dans la quittance, devait s'imputer sur la partie cautionnée.

M. Ponsot professe, sous l'empire du Droit nouveau, la même doctrine (*du Cautionnement*, n° 545);

A laquelle M. Larombière s'est aussi rallié :

« Si le débiteur, dit-il, avait plus d'intérêt à acquitter telle partie d'une même dette que telle autre, l'imputation devrait porter de préférence sur la portion qu'il lui importe le plus d'acquitter. Tel est le cas où il aurait donné caution ou hypothèque pour une moitié de son obligation seulement; car il a plus d'intérêt à acquitter cette moitié que l'autre. » (T. III, art. 1256, n° 7; comp. Toullier, t. IV, n° 179.)

Mais cette doctrine, qui méconnaît l'indivisible unité d'une seule dette, n'a pas prévalu, et ne pouvait pas, en effet, prévaloir.

« Attendu (porte l'arrêt de la Cour suprême, cassant un arrêt de la Cour d'Agen, qui l'avait consacrée) que, d'après les articles 2011 et 2021 du Code Napoléon, il est de la nature du cautionnement que la caution se soumette, envers le créancier, à satisfaire à l'obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même; — Qu'il suit de là que, si le cautionnement ne porte que sur une partie de la dette, les payements faits par le débiteur doivent s'imputer d'abord sur la partie de la dette non cautionnée. » (12 janv. 1857, Vernet, Dev., 1857, II, 349; comp. Troplong, *du Cautionnement*, n° 247.)

23. — Il faut aussi, suivant nous, malgré le dissentiment de M. Larombière sur ce point encore, appliquer cette solution au cas, tout semblable, où la dette ne

serait garantie par une hypothèque que pour partie seulement.

Le payement partiel fait par le débiteur, sans désignation spéciale, devrait donc être imputé d'abord sur la partie de la dette non garantie par l'hypothèque ; ou plutôt (car cette formule n'est pas rigoureusement exacte) ce payement partiel, en éteignant d'autant la dette, la laisserait subsister pour le reste avec l'indivisible garantie de l'hypothèque, qui est inhérente tout entière à chacune de ses parties. (Comp. Paris, 8 déc. 1871, Lecoq, *le Droit* du 16 avril 1872.)

24. — C'est pourquoi on peut concevoir des doutes sur le mérite d'une décision qui a été rendue le 1er février 1859 par la Cour de Paris.

Le sieur Dubordeaux avait vendu au sieur Rollin la gérance d'un bureau de tabac, et, en même temps, un fonds de tabletterie joint à ce débit; le prix de la vente avait été fixé, en bloc, à 6500 fr., sur lesquels 2000 fr. avaient été payés comptant ; le surplus avait été réglé en billets à ordre.

Cette vente, qui comprenait, comme on voit, des objets de différente nature, avait le caractère commercial à l'égard des uns, et point à l'égard des autres ; et, en tant que la dette du prix s'appliquait aux uns, elle emportait la contrainte par corps, qu'elle n'emportait pas, au contraire, en tant qu'elle s'appliquait aux autres.

En cet état, la question s'est élevée de savoir sur quelle partie du prix devait être dirigée l'imputation du payement partiel de 2000 fr., qui avait été fait de la dette totale de 6500 fr.

Le Tribunal de commerce de la Seine avait condamné l'acheteur, le débiteur, au payement du restant de la dette, avec contrainte par corps.

Mais la Cour de Paris a réformé le jugement :

« Considérant que si, dans la vente dont il s'agit, s'est trouvée comprise la cession d'une certaine quantité de

marchandises composant un fonds de tabletterie, et si, sous ce rapport, elle offrait un aspect commercial, Dubordeaux ne précise pas le chiffre pour lequel ces marchandises étaient entrées dans le prix total, fixé à 6500 fr. »; .... « Considérant que, à défaut d'imputation spéciale faite par Dubordeaux sur les 2000 fr. susénoncés, il y a lieu, conformément à l'article 1256, d'imputer cet à-compte sur le prix des marchandises, comme étant la dette que Rollin avait le plus d'intérêt à acquitter.... » (Dev., 1859, II, 511.)

Oui, sans doute, il y avait lieu d'appliquer l'article 1256, s'il existait *plusieurs dettes.*

Mais c'était, au contraire, l'article 1254 qui était applicable, s'il existait seulement *une dette.*

Or, autant qu'il nous est possible d'apprécier le fait, d'après le succinct exposé qui le reproduit dans le *Recueil,* nous hésitons à croire qu'il y eût là plusieurs dettes.

Car c'est une seule et même vente qui avait été faite de ces objets de diverse nature, pour un seul et même prix, fixé en bloc, sans distinction, à la somme totale de 6500 fr.

N'était-ce pas un seul prix, et par conséquent une seule dette?

25. — Voici encore une espèce, dans laquelle la distinction, que nous présentons entre le cas d'une seule dette et le cas de dettes multiples, doit jouer un rôle important, et qui va même, nous en convenons, devenir, pour elle, une épreuve délicate.

Il s'agit de savoir si l'article 1254 est applicable au cas où les dettes sont multiples, aussi bien qu'au cas où a dette est unique.

Je suis débiteur envers Paul, pour deux causes différentes, de deux dettes de 20 000 fr. chacune, productives d'intérêts à 5 pour 100.

Les deux dettes sont exigibles; et, pour l'une aussi comme pour l'autre, je dois deux années d'intérêts.

En tout donc, de chaque côté : 22 000 fr.

Toutefois, l'une des dettes est, pour moi, plus onéreuse que l'autre ; l'une est hypothécaire, ou elle emporte la contrainte par corps ; tandis que l'autre est chirographaire, ou elle n'est pas garantie par cette voie d'exécution rigoureuse.

En cet état, j'apporte à Paul, mon créancier, une somme de 22 000 fr., montant intégral de l'une de mes dettes, en capital et intérêts ; et je déclare imputer le payement que je viens lui faire, sur celle de mes dettes qui est hypothécaire, ou qui entraîne la contrainte par corps.

Mais Paul refuse d'accepter le payement avec cette imputation ; il prétend que le payement, que je viens lui faire, doit être d'abord imputé sur les intérêts de mes deux dettes, et qu'il ne peut être imputé sur le capital de l'une ou de l'autre, qu'après que les intérêts de l'une et de l'autre auront été acquittés.

Cette prétention du créancier, dans une espèce semblable, avait été déclarée mal fondée par la Cour de la Guadeloupe, le 11 décembre 1854. (Boubers, Dev., 1863, I, 90.)

Mais son arrêt a été cassé, le 22 novembre 1862, par la Cour suprême :

« .... Attendu que le dividende obtenu à la contribution n'avait pas même suffi pour solder les intérêts des sommes dues par Boubers de Vojeaullieu ; — Que, dès lors, aucune imputation ne pouvait être dirigée sur le capital ; — Que peu importait que les dettes fussent multiples ; qu'il n'y avait qu'un seul débiteur et un seul créancier ; que l'exercice du droit d'imputation, laissé par la loi au débiteur, ne peut jamais préjudicier au créancier, qui ne saurait être obligé de recevoir son capital, avant d'avoir été payé des intérêts ou arrérages, présumés nécessaires à sa subsistance quotidienne ; — Que l'article 1254 n'est que l'application, au cas le plus ordinaire,

d'un principe absolu, général, qui règle tous les cas analogues, et que l'arrêt attaqué a eu tort de méconnaître.... » (De Jabrun, Dev., 1863, I, 88.)

Cette décision est approuvée, en termes particulièrement explicites, par l'arrêtiste qui, en remarquant qu'il n'y a encore, à sa connaissance, ni arrêts qui aient jugé la question, ni auteurs qui l'aient résolue, ajoute : « qu'il ne faut pas s'en étonner; car la prétention du créancier, dit-il, est trop diamétralement contraire à l'ensemble des articles, qui régissent l'imputation des payements, pour avoir pu être soulevée dans la pratique ou imaginée dans la théorie. » (Dev., *loc. supra cit.*)

La décision de la Cour de cassation est d'ailleurs aussi admise par d'éminents jurisconsultes dans la doctrine. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 166; Larombière, t. III, art. 1256, n° 8.)

26. — Faut-il se rendre?

Nous ne le croyons pas.

Et si imposante que soit l'autorité de tels suffrages, nous allons entreprendre de démontrer que l'article 1254 n'est pas applicable au cas de dettes multiples, et que, par conséquent, dans notre espèce, Paul, le créancier, ne peut pas s'opposer à ce que j'impute sur la dette qui m'est la plus onéreuse, cette somme de 22 000 fr. que je lui apporte pour l'acquitter intégralement en intérêts et capital :

1° Il nous est impossible de ne pas remarquer encore que la doctrine, que nous venons d'exposer, est contraire au texte formel de la loi.

« Le débiteur d'*une dette*, dit l'article 1254,... ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le payement qu'il fait, sur le capital, par préférence aux arrérages ou intérêts.... »

Or, il n'y a pas seulement *une dette* dans notre espèce; il y a plusieurs dettes;

Donc, dans son texte même, l'article 1254 n'est pas applicable.

Le texte qui est applicable, c'est l'article 1253, qui prévoit le cas *de plusieurs dettes ;*

Et qui le prévoit précisément pour accorder, dans ce cas, au débiteur, le droit de déclarer quelle dette il entend acquitter !

2° Ce n'est pas seulement le texte de la loi, qui nous paraît être violé par la doctrine, que nous combattons.

C'est aussi son motif essentiel, le vrai, le seul motif par lequel son texte puisse être expliqué juridiquement.

Pourquoi, dans le cas d'une dette unique, l'article 1254 ne permet-il pas au débiteur d'imputer, sans le consentement du créancier, sur le capital, par préférence aux intérêts, le payement partiel qu'il veut faire ?

C'est parce que ce payement partiel, il n'a pas le droit de le faire sans le consentement du créancier, et que le créancier, qui pourrait le refuser, en disant : *Tout ou rien!* peut, en consentant à l'accepter, y mettre pour condition l'imputation préalable sur les intérêts ; et ce qu'il est dans son droit de faire équitablement, la loi présume qu'il le fait.

Mais ce motif de l'article 1254 fait absolument défaut dans le cas de dettes multiples ;

Et, tout au contraire, dans ce cas, le débiteur a le droit de payer au créancier, sans son consentement, celle des dettes qu'il entend acquitter de préférence, dès qu'il lui offre de l'acquitter intégralement.

Voilà ce que l'article 1253 reconnaît, en consacrant ce droit du débiteur, que nous nous sommes précisément efforcé de bien mettre en relief dans l'explication de l'article 1244 :

Dès qu'il existe plusieurs dettes distinctes et séparées, disions-nous, ce n'est pas un seul payement qui est à faire; il y a lieu à autant de payements distincts et séparés qu'il y a de dettes; et chacun de ces payements peut être fait isolément, dans les conditions particulières de validité qui lui sont propres; de sorte que, pour cha-

cune de ces dettes isolément, il suffit que le débiteur offre au créancier toute la chose qui en est l'objet, et rien que cette chose (comp. le t. IV de ce *Traité*, n° 239).

Tel est le principe, dont l'article 1253 n'est lui-même que la conséquence.

Eh bien! donc, je suis débiteur de Paul de deux dettes exigibles, chacune en capital de 20 000 francs, et en intérêts de 2000 francs.

Ai-je, oui ou non, le droit de payer, isolément et séparément, chacune de ces dettes?

Répondre non, c'est, croyons-nous, bien impossible, sans violer l'article 1244 et l'article 1257, qui m'autorisent à forcer mon créancier à recevoir son payement, dès que je lui offre le montant intégral de la dette, dont j'entends m'acquitter envers lui.

Et répondre oui, c'est reconnaître que j'ai, en effet, le droit, dès que j'offre un payement intégral, de diriger l'imputation de ce payement sur celle des dettes que j'entends acquitter, conformément à l'article 1253.

3° Quelle serait, au contraire, la conséquence du système, que nous combattons?

C'est que le débiteur, qui a le droit de payer, à son choix, l'une ou l'autre de ses dettes, ne pourrait finalement payer ni l'une ni l'autre!

En effet, quand j'apporte à mon créancier cette somme de 22 000 francs, il a, dit-on, le droit de prélever, d'abord, 4000 francs, savoir : 2000 francs pour les intérêts de l'une de mes dettes, et 2000 francs pour les intérêts de l'autre.

Eh bien! que reste-t-il?

Il reste une somme de 18 000 francs seulement, inférieure à l'une et à l'autre de mes dettes, qui sont encore toutes les deux de 20 000 francs.

Le créancier peut donc alors me dire qu'il ne consent pas à recevoir un payement partiel.

Cela est-il admissible?

On pourrait même, en poussant plus loin encore cette conséquence, arriver à soutenir que le créancier peut refuser absolument de rien recevoir des 22 000 francs, que je lui offre.

Chacune des dettes, dirait-il, est, en tout, de 22 000 francs; et vous ne pouvez pas me forcer de recevoir un payement partiel de l'une ni de l'autre.

Or, l'imputation, qui serait faite sur les intérêts des deux dettes, serait, en réalité, pour moi, un payement partiel de l'une et de l'autre, puisque je ne puis pas être forcé de recevoir séparément les intérêts et le capital ni de l'une ni de l'autre.

Et on arriverait ainsi à cette conséquence que le débiteur serait contraint de payer, à la fois, les deux dettes, en intérêts et en capital, à savoir : dans notre exemple, 44 000 francs.

Cette conséquence est sans doute extrême.

Mais nous avons voulu en venir jusqu'à cette extrémité pour démontrer que c'est l'unité de la dette qui forme ici la règle.

La preuve en est que la doctrine contraire aboutit finalement à cette unité, et qu'elle ne peut réussir à forcer le débiteur à imputer la somme qu'il offre pour le payement intégral de l'une de ses dettes, sur les intérêts de l'une et de l'autre, qu'en les fondant ensemble et en ne faisant de ces deux dettes une seule dette !

27. — On objecte que « les intérêts ou arrérages sont présumés nécessaires à la subsistance quotidienne du créancier. » (Arrêt précité, Dev., 1863, I, 91.)

Cette considération est assurément exacte.

Mais nous espérons avoir démontré qu'on ne saurait en conclure que « l'article 1254 n'est que l'application d'un principe général et absolu qui règle tous les cas analogues. »

C'est au créancier, à sa bonne administration et à sa prévoyance, qu'il appartient d'y pourvoir.

S'il veut recevoir, en effet, ses intérêts ou ses arrérages

en une seule fois, eh bien! qu'il ne fractionne pas ses placements.

Est-ce qu'il ne serait pas forcé de recevoir séparément les intérêts de ses deux créances, s'il avait deux débiteurs différents?

Mais, précisément, dit-on, il n'y a ici, au contraire, qu'un seul débiteur et un seul créancier.

Oui, répliquons-nous.

Mais il n'y en a pas moins plusieurs dettes.

Or, ce n'est pas le nombre des personnes, des débiteurs ou des créanciers, que nos textes considèrent.

C'est le nombre des dettes ou des créances!

Plusieurs dettes, dit l'article 1253;

Une dette, dit l'article 1254.

Or, il peut y avoir *plusieurs dettes*, lors même qu'il n'y a qu'un seul débiteur;

Donc, c'est méconnaître le texte même de la loi que d'en refuser l'application au cas où il existe plusieurs dettes entre le même débiteur et le même créancier.

C'est aussi méconnaître, suivant nous, les principes que de prétendre mêler ensemble et confondre des conventions distinctes et indépendantes les unes des autres! (Comp. le t. IV de ce *Traité*, nº 239.)

Encore, si ces dettes multiples avaient été, en effet, contractées par les mêmes personnes, peut-être pourrait-on prétendre qu'il a été dans leur commune intention que les intérêts des unes et des autres seraient payés avant le capital d'aucune d'elles.

On pourrait invoquer en ce sens, par analogie, l'article 2082 :

« Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du « gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après « avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts « et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été « donné. »

« S'il existait, de la part du même débiteur envers le

« même créancier, une autre dette contractée postérieu-
« rement à la mise en gage, et devenue exigible avant le
« payement de la première dette, le créancier ne pourra
« être tenu de se dessaisir du gage, avant d'être entiè-
« rement payé de l'une et de l'autre dette, lors même
« qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le
« gage au payement de la seconde. »

Mais, en indiquant nous-même cet argument, nous déclarons n'y avoir pas confiance.

L'article 2082 est une disposition spéciale, qui ne nous paraît avoir rien à faire dans notre question d'imputation.

Aussi, concluons-nous que l'article 1254 n'est pas applicable, lorsqu'il existe plusieurs dettes;

Et cela, dans le cas même où ces dettes ont été contractées entre le même débiteur et le même créancier.

A plus forte raison, en est-il ainsi, lorsque le débiteur actuel est tenu, envers le créancier, de l'une des dettes pour l'avoir lui-même contractée, et de l'autre, pour avoir succédé au débiteur originaire (comp. *infra*, n° 55).

28. — L'unité de la dette n'est pas le seul obstacle qui s'oppose au libre exercice par le débiteur, de la faculté d'imputation, que l'article 1253 lui accorde.

Lors même qu'il existe plusieurs dettes, cette faculté ne peut être exercée, qu'autant que ces dettes diverses sont, comme dit l'article 1256, d'*égale nature*, et qu'elles ont toutes également pour objet des choses fongibles, susceptibles d'être remplacées l'une par l'autre, et d'être, en conséquence aussi, payées l'une pour l'autre.

En dehors de cette condition, le droit du débiteur rencontrerait encore pour limite le droit du créancier.

Est-ce la peine de dire, par exemple, que la question d'imputation ne peut même pas naître sur deux dettes de corps certains?

Je dois, en vertu de deux causes différentes, à Paul d'un côté un cheval, et de l'autre une pendule.

Quel que soit celui des deux objets que je lui paye, il n'y a, bien entendu, sur celle de mes deux dettes, que je vais acquitter, aucune incertitude possible!

Et si je prétendais, en lui payant le cheval, m'acquitter de ma dette de la pendule, mon créancier serait fondé à me répondre que je ne puis pas le contraindre à recevoir une autre chose que celle qui lui est due. (Art. 1243.)

29. — La même observation est applicable à deux dettes de quantités, lorsque ces quantités ne sont pas de même espèce; comme si je devais à Paul, en vertu de deux obligations distinctes, du blé et du vin.

C'est ainsi que l'article 1291 dispose que :

« La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes, qui « ont également pour objet des choses fongibles de la « même espèce.... »

De sorte que nous pouvons dire que les dettes, qui sont susceptibles d'imputation, sont les dettes qui sont susceptibles de compensation.

30. — Voilà pourquoi il faut aussi qu'elles soient également liquides et exigibles. (Art. 1291 ; ajout. art. 1256 et 1258, 4°.)

Du moins, l'exigibilité est-elle nécessaire, lorsque le terme a été stipulé dans l'intérêt du créancier.

31. — De même, pour que le débiteur puisse exercer librement son droit d'imputation, il faut que les deux dettes soient de sommes ou de quantité égales.

Autrement, le droit du débiteur va rencontrer encore pour limite le droit du créancier de ne point recevoir un payement partiel (art. 1244).

Je dois à Paul, en vertu de deux causes différentes, 2000 fr. d'un côté, et de l'autre 3000 fr.

Et je lui offre 2000 fr.

Puis-je imputer ce payement, à mon gré, sur l'une ou sur l'autre de mes dettes?

Évidemment non !

Puisque l'une de mes dettes est de 3000 fr. et que je n'offre que 2000 fr.

Et si je lui offrais 3000 francs ?

Je pourrais sans doute alors les imputer sur la dette de 3000 fr.

Mais, pour les imputer sur la dette de 2000 fr., il me faudrait en déduire 1000, que je ne pourrais pas reporter sur l'autre dette, puisqu'elle est de 2000 fr. et qu'il ne me reste plus que 1000 fr.

On voit, par ces exemples, combien le droit du créancier restreint, en effet, souvent le droit du débiteur, et que la faculté d'imputation, qui est accordée à celui-ci par l'article 1253, n'est, en réalité, comme on l'appelle, *arbitraire*, que dans une assez étroite limite. (Comp. *supra*, n° 6.)

32. — Ce qu'il importe aussi de remarquer, c'est qu'il faut que l'imputation soit faite par le débiteur, au moment même du payement :

« *Dum in re agenda fiat....* (L. II, ff. *De solut.*)

« *Tempore solutionis....* (L. I, Cod. *De solut.*)

L'article 1253 exprime la même idée, en disposant que c'est *lorsqu'il paye,* que le débiteur peut exercer son droit d'imputation.

Après le payement accompli, il serait trop tard !

Et l'imputation serait désormais soumise à d'autres règles. (Comp. *infra*, n° 34; art. 1255-1256 ; et le tome IV de ce *Traité,* n° 368.)

33. — Ce serait alors le rôle de l'imputation légale, si la quittance était muette.

Et s'il n'y avait pas de quittance?

Le débiteur de plusieurs dettes, en faisant un ou plusieurs payements à son créancier, s'est borné à lui remettre lui-même ou à lui faire remettre une somme ou des sommes successivement, pour lesquelles le créancier ne lui a pas délivré de quittance, et dont il a fait

mention sur son registre domestique, conformément à l'article 1331.

C'est sur cette hypothèse que Duranton pose la question de savoir si le débiteur s'est tacitement réservé le droit de dicter, dans la suite, l'imputation comme il l'entendrait, si l'on doit regarder les choses comme étant entières, tant qu'il n'a pas reçu de quittance; ou bien, au contraire, s'il s'en est reposé sur le créancier ou sur la loi, pour faire l'imputation dès le principe et d'une manière irrévocable.

Nous croyons que c'est aussi, dans ce cas, l'imputation légale, qui doit être appliquée.

L'imputation, soit par le débiteur, soit par le créancier, doit être faite dans la quittance (art. 1253, 1255, 1256);

Or, nous supposons qu'aucune quittance n'a été délivrée par le créancier au débiteur;

Donc, cette imputation doit être faite entre eux par la loi.

Telle est aussi finalement la conclusion de Duranton, quoique peut-être un peu hésitante. (T. XII, n° 196.)

34. — Le droit du débiteur de diriger l'imputation sur celle de ses dettes qu'il veut acquitter, implique évidemment, pour lui, comme conséquence, le droit de faire constater par le créancier cette imputation dans la quittance;

Puisqu'il ne pourrait recevoir une quittance pure et simple, sans voir s'anéantir son droit d'imputation! (Art. 1255, 1256; comp. Larombière; t. III, art. 1253, n° 3.)

Voilà l'imputation par le débiteur (*supra*, n° 4.)

35. — *b.* Voici maintenant l'imputation par le créancier.

Article 1255 : « Lorsque le débiteur de diverses dettes « a accepté une quittance par laquelle le créancier a « imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spéciale-

« ment, le débiteur ne peut plus demander l'imputation « sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol « cu surprise de la part du créancier. »

C'est le créancier qui a dirigé l'imputation ; il l'a dirigée au détriment du débiteur, et à son avantage, sur la dette, par exemple, qui ne produit pas d'intérêts, plutôt que sur la dette qui en produit.

Le debiteur néanmoins a accepté la quittance ainsi faite.

Eh bien! c'est un contrat qui s'est formé par leur mutuel consentement.

Et il est tout simple que le débiteur, en effet, ne puisse plus demander l'imputation sur une dette différente.

36. — Le débiteur, dit l'article 1255.

Et le créancier ?

Tout de même !

Les conventions légalement formées forment la loi commune des parties (art. 1134).

Si notre texte ne mentionne que le débiteur, c'est sans doute que le législateur a pensé qu'une réclamation contre cette imputation ne viendrait pas du créancier, puisque c'est lui qui l'a faite.

Mais il est évident que si le créancier voulait lui-même se raviser, il ne le pourrait pas non plus. (Comp. Cass., 13 juin 1834, Dev., 1835, I, 298.)

37. — Deux conditions sont requises pour que l'imputation faite par le créancier soit valable et, de part et d'autre, obligatoire :

1° Il faut qu'elle soit faite au moment même du payement... *statim atque solutum est*, et insérée dans la quittance que le débiteur accepte, et qui sera son titre de libération. (Comp. *supra*, n° 29.)

C'est, en effet, à ce moment, que le contrat se forme.

Si l'imputation faite par le créancier ne convient pas au débiteur ?

Il peut refuser de payer.

Si le créancier y persiste?

Il peut refuser de recevoir.

Les choses alors sont entières.

Elles ne le seraient plus après le payement, qui serait constaté par une quittance pure et simple.

Ce serait le cas de l'imputation légale de l'article 1256. (Comp. L. 1 et 2 ff. *de Solut.*; Pothier.)

58. — 2° Il faut qu'il n'y ait pas eu dol ou surprise de la part du créancier.

Que le débiteur puisse réclamer contre l'imputation faite par le créancier dans la quittance, lorsqu'il ne l'a acceptée que par suite des manœuvres dolosives que le créancier a pratiquées envers lui, dans les termes de l'article 1116, cela n'a rien que de conforme au droit commun. (Comp. art. 1109; et le tome I de ce *Traité*, n° 166.)

Mais le législateur va plus loin, en autorisant le débiteur à réclamer, lors même que le créancier n'aurait pas pratiqué envers lui un dol caractérisé. Il a pensé que, dans ce cas particulier, le débiteur, se bornant à faire un payement, pourrait y apporter peut-être moins d'attention, qu'il se trouvait plus exposé à des tromperies, et qu'il était nécessaire de lui subvenir d'une manière spéciale.

Il suffit donc qu'il y ait eu une *surprise*, c'est-à-dire que le créancier ait abusé de la bonne foi du débiteur, qui aurait signé de confiance, ou de sa simplicité et de son ignorance. C'est ainsi que Pothier, pour expliquer cette disposition, mettait en scène un *procureur* délivrant une quittance à un *paysan* (n° 566).

Il se pourrait aussi que, prenant à dessein l'attitude d'un homme très pressé, le créancier n'eût pas même laissé au débiteur le temps de lire la quittance, afin de pouvoir y glisser, en termes plus ou moins couverts, cette insidieuse imputation.

Question de fait à décider par les magistrats d'après les circonstances, la qualité des parties, le caractère de

l'imputation, suivant qu'elle sera plus ou moins onéreuse pour le débiteur, et qu'il y aura lieu dès lors de présumer que le débiteur l'aura acceptée par erreur ou sciemment.

39. — M. Larombière remarque que le dol ou la surprise doit être le fait personnel du créancier, comme dans les cas ordinaires de rescision pour dol caractérisé. Si c'était, dit-il, un tiers qui en fût l'auteur, sans la participation du créancier, le débiteur ne pourrait attaquer l'imputation et n'aurait d'action que contre ce tiers pour ses dommages-intérêts (t. III, art. 1255, n° 5).

Nous le pensons de même, en exceptant toutefois le cas qui sera peut-être, en ces sortes d'affaires, le plus fréquent, où l'imputation, qui serait le résultat d'un dol ou d'une surprise, aurait été faite par le représentant du mineur, par son tuteur ou par son mandataire. (Comp. notre *Traité de la Minorité*; — *De la Tutelle et de l'Émancipation*, t. II, nos 126-127.)

40. — Dans quel délai le débiteur doit-il réclamer contre ce dol ou cette surprise du créancier?

Ce n'est point ici, à vrai dire, une question de droit; c'est plutôt une question de fait!

Soit que l'on décide, avec Duranton, que cette action dure trente ans, aux termes de l'article 2262, parce qu'elle n'est point une action en nullité ou en rescision de contrat, à laquelle on puisse appliquer l'article 1304, qui fixe à dix ans la durée de ces sortes d'actions (t. XII, n° 193);

Soit que l'on applique, au contraire, l'article 1304, comme nous pensons qu'il est applicable, puisqu'il s'agit, en effet, d'une action en rescision d'une convention pour cause de dol;

La pratique s'en souciera peu.

Car il est manifeste que, à moins de circonstances exceptionnelles, le débiteur serait considéré comme ayant approuvé l'imputation faite par le créancier, s'il ne formait sa réclamation qu'après un délai qui serait

certainement toujours bien inférieur à la durée de la plus courte des deux prescriptions, que nous venons de rappeler.

Il y va donc de son plus pressant intérêt de former cette réclamation aussitôt qu'il reconnaît le dol ou la surprise, que le créancier a pratiqué envers lui.

41. — Pothier mettait pour condition que *l'imputation faite par le créancier fût équitable* (n° 566).

Telle était, en effet, la doctrine des jurisconsultes romains, qu'il invoque, et qui ne considéraient l'imputation comme équitable qu'autant que le créancier l'avait faite pour le débiteur, comme il aurait voulu qu'elle fût faite pour lui-même, s'il eût été débiteur. (L. I, ff. *De Solut.*)

Toullier paraît l'avoir reprise sous notre Droit nouveau :

« Les lois romaines, dit-il, d'accord avec la morale, en permettant au créancier de faire l'imputation, lorsque le débiteur ne l'a point faite, lui prescrivent de la faire comme il voudrait qu'on la fît pour lui-même, s'il était débiteur. » (T. IV, n° 176.)

Mais nous croyons que cette doctrine doit être rejetée comme contraire à notre texte et aux principes :

1° Aux termes de l'article 1255, le débiteur qui a accepté la quittance, dans laquelle le créancier a fait l'imputation, ne peut plus demander une imputation différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier;

Or, on suppose que le débiteur n'allègue ni dol ni surprise de la part du créancier;

Donc, d'après le texte de la loi, il ne peut demander une autre imputation, quelque préjudiciable que soit pour lui l'imputation, qui a été faite par le créancier.

2° C'est ce que, en effet, les principes eux-mêmes commandent!

Le consentement donné par le débiteur à l'imputation

faite par le créancier forme, avons-nous dit, entre eux un véritable contrat.

Or, les contrats sont la loi commune des parties ; et ils ne peuvent pas être rescindés sur la demande seulement de l'une d'elles, même pour cause de lésion (art. 1134, 1118).

Le débiteur était libre, au moment où il payait, de ne point accepter la quittance dans laquelle le créancier a fait cette imputation.

Pourquoi l'a-t-il acceptée ?

Volenti non fit injuria, disait, à cette occasion, Bachovius, qui déjà autrefois contestait la doctrine ancienne. (*Ad Treut.*, t. II, Disp. 29.)

Cela nous paraît décisif; et il est permis de dire que Pothier, dans la réfutation qu'il a entreprise du dissentiment de Bachovius, n'y montre pas sa netteté ordinaire, et qu'il arrive finalement presque à la même conclusion. (Comp. Delvincourt, II, p. 337 ; Duranton, t. XII, n° 193 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 167 ; Larombière, t. III, art. 1255, n° 3.)

42. — Voici une quittance qui porte que la somme a été payée au créancier à valoir sur les différentes créances, dont le débiteur est tenu envers lui.... *ex universo credito*. (L. 94, § 3, ff. *De Solut.*)

Si générale que cette imputation puisse paraître, on a toujours considéré qu'elle ne doit être censée comprendre : ni les créances dont le terme de payement n'est pas échu ; — ni les créances purement naturelles ; — ni les créances litigieuses. (Comp. Pothier, n° 566.)

Cette interprétation paraît, en effet, équitable et conforme à la commune intention des parties.

Une quittance n'est pas une transaction, dit Toullier fort justement. (T. IV, n° 178.)

43 — *c.* Nous arrivons au troisième mode d'imputation, à l'imputation dite légale, que l'article 1255 formule en ces termes :

« Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, « le payement doit être imputé sur la dette que le débi- « teur avait, pour lors, le plus d'intérêt d'acquitter entre « celles qui sont pareillement échues; sinon, sur la dette « échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le « sont point. »

« Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement. »

Il faut d'abord, bien entendu, que la quittance ne porte aucune imputation, ni du débiteur ni du créancier.... « *utriusque demonstratione cessante*, » disait Papinien. (L. 97, ff. *De Solut.*)

Il est évident aussi que l'imputation de l'un ou de l'autre n'a pas besoin d'être formellement exprimée, et qu'elle peut résulter tacitement des termes dans lesquels la quittance est conçue.

Je dois à Paul 1000 francs pour une cause, et 1200 francs pour une autre cause.

Les deux dettes sont exigibles et d'égale nature.

En cet état, je lui paye une somme de 1200 francs.

Et la quittance porte seulement que Paul a reçu de moi les 1200 francs que je lui dois, sans énoncer d'ailleurs le titre, la date ni la cause de l'une ou de l'autre dette.

La seule énonciation du chiffre de l'une d'elles pourra suffire pour révéler l'intention des parties d'imputer le payement sur la dette, dont le montant est égal à la somme payée. (Comp. *infra*, n° 54; Larombière, t. III, art. 1256, n° 1.)

44. — Eh bien! donc, en l'absence de toute imputation, expresse ou tacite, par le débiteur ou par le créancier, c'est la loi qui fait elle-même l'imputation.

Et elle la fait, conformément à la commune intention des parties, juridiquement et équitablement interprétée.

L'imputation tourne ainsi à l'avantage du débiteur : d'abord, parce que, généralement, en effet, la loi favo-

rise la libération; et puis, surtout, parce que le droit d'imputation appartenant, dans ce cas, au débiteur, qui ne l'a pas exercé, il est juste que la loi l'exerce alors, comme il est vraisemblable qu'il l'aurait exercé lui-même, et nous pouvons ajouter, comme il est vraisemblable que le créancier l'aurait aussi lui-même exercé, s'il eût été le débiteur. Cette dernière explication, qui ne nous a point paru exacte pour l'imputation qui est faite par le créancier, nous paraît, au contraire, à sa place pour l'imputation qui est faite par la loi. (Comp. *supra*, n° 41; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 372-373.)

45. — D'après l'article 1256, l'imputation doit donc être faite dans l'ordre et d'après la gradation que voici :

1° Sur la dette qui est échue, à l'exclusion de la dette qui ne l'est pas;

2° Sur la dette que le débiteur avait, pour lors, le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues;

3° Sur la dette la plus ancienne, si les dettes sont d'égale nature;

4° Sur toutes les dettes proportionnellement, si toutes choses sont égales.

46. — 1° Et d'abord, disons-nous, l'imputation légale porte sur la dette échue, à l'exclusion de la dette non échue.

Ce qui est présumable, en effet, c'est que le débiteur a entendu payer, avant tout, la dette pour laquelle il était exposé à des poursuites.... « *ex quâ tunc, cum solvebat, compelli poterit ad solutionem.* » (L. 103, ff. *De Solut.*)

C'est aussi que le créancier a entendu recevoir, avant tout, le payement de la dette qu'il pouvait, en effet, exiger immédiatement.

La généralité de notre texte, expliquée par ce motif, démontre que cette première règle d'imputation légale

est impérative, et que l'intérêt contraire, même le plus évident du débiteur, ne saurait la faire fléchir.

La dette non échue produit des intérêts ou elle est hypothécaire; tandis que la dette échue ne produit pas d'intérêts ou n'est que chirographaire.

Il n'importe!

L'article 1256 prévoit même expressément ce cas pour déclarer que l'imputation doit être faite sur la dette échue, *quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point.*

Il n'importe pas non plus que le terme, auquel la dette non échue est soumise, ait été stipulé dans l'intérêt du débiteur ou dans l'intérêt du créancier;

Qu'il soit conventionnel ou de grâce;

Que l'échéance en soit éloignée ou prochaine.

Pothier pensait toutefois que :

« Si la dette, dont le terme n'est pas échu, devait échoir dans peu de jours, et qu'elle emportât contrainte par corps, elle devait prévaloir, pour l'imputation, à une dette ordinaire dont le terme était échu » (n° 567).

Mais le texte de l'article 1256 nous paraît faire obstacle à ce que les juges admettent aujourd'hui cette exception.

La dette est-elle non échue?

Cela suffit pour qu'elle soit exclue de l'imputation. (Comp. Toullier, t. IV, n° 183; Larombière, t. III, art. 1254, 1°.)

47. — L'explication, que nous venons de fournir de cette première règle de l'article 1256, conduit aussi à cette conclusion qu'il faut exclure de l'imputation légale :

Les dettes naturelles, pour lesquelles le débiteur ne peut pas être poursuivi (L. 5, ff. *De Solut.*);

Et les dettes contestées, pour lesquelles sa volonté est de résister aux poursuites. (Comp. *supra* n° 42; L. 1 et L. 94, § 3, ff. *De Solut.;* Pothier, n° 567; Larombière, t. III, art. 1256, n°s 3 et 5.)

48. — 2° Supposons donc plusieurs dettes échues et exigibles.

C'est alors que l'imputation se fait, dans l'intérêt du débiteur, sur celle des dettes qu'il lui importait le plus d'acquitter, au moment du payement.

Telle était aussi la règle des jurisconsultes romains, qui avaient même présenté, en quelque sorte, une énumération hiérarchique des dettes. (Comp. L. 89 et 97, ff. *De Solut.*)

Ainsi l'imputation se fera :

Sur la dette, qui emporte la contrainte par corps, plutôt que sur celle qui n'emporte pas cette voie d'exécution (comp. la loi du 22 juillet 1867);

Sur la dette, qui est constatée par un titre ayant force d'exécution parée, plutôt que sur celle qui n'est constatée que par un titre sous seing-privé;

Sur la dette, qui produit des intérêts, plutôt que sur celle qui n'en produit pas; et entre deux dettes qui en produisent, sur celle qui produit les intérêts les plus élevés;

Sur la dette hypothécaire, plutôt que sur la dette chirographaire;

Sur la dette, pour laquelle le débiteur a fourni un cautionnement, plutôt que sur celle qui n'a pas été cautionnée;

Sur la dette, dont il est le débiteur principal, plutôt que sur celle dont il n'est que caution ;

Sur la dette, dont il est seul débiteur, plutôt que sur celle dont il est l'un des débiteurs;

Sur la dette, qui est garantie par une clause pénale, plutôt que sur celle qui ne l'est pas;

Sur la dette, dont le non-payement peut lui faire encourir quelque déchéance ou l'exposer à une action en rescision, en résolution ou en dommages-intérêts, plutôt que sur celle dont le non-payement n'offre pas les mêmes dangers;

Sur la dette, pour le payement de laquelle le créancier a déjà commencé des poursuites, plutôt que sur celle dont le payement n'est pas demandé. (comp. Pothier,

n° 567; Toullier, t. IV, n° 179; Duranton, t. XII, n° 199; Larombière, t. III, art 1256, n° 5.)

49. — Pothier ajoutait toutefois que :

« Tous ces corollaires peuvent recevoir, par les circonstances, des exceptions, qui sont laissées à l'arbitrage du juge. » (*loc. supra cit.*)

Cette observation est encore exacte, sous notre Droit nouveau;

D'autant plus que l'article 1256 ne présente pas, comme avaient fait les jurisconsultes romains et nos anciens jurisconsultes français, le classement des dettes, qui peuvent être plus ou moins onéreuses au débiteur.

Il se borne à poser une règle, simplement interprétative de la volonté présumée des parties, dans l'application de laquelle les Tribunaux ont nécessairement un pouvoir discrétionnaire, eu égard aux circonstances particulières de chaque espèce.

Aussi leurs décisions, sur ce point, ne sauraient-elles encourir la cassation.

Voilà comment ils pourraient décider, suivant les cas, que le débiteur avait intérêt à acquitter une dette hypothécaire plutôt qu'une dette qui emportait la contrainte par corps, ou une dette chirographaire qui produit des intérêts, plutôt qu'une dette hypothécaire qui n'en produit pas. (Comp. *infra*, n° 60; Cass., 24 août 1829, Sirey, 1829, I, 420; Grenoble, 29 juill. 1832, Durand, Dev., 1833, II, 572; Paris, 26 nov. 1833, Dev., 1833, II, 394; Cass., 13 juin 1834, Dev., 1835, I, 298; Orléans, 3 avril 1851, Naudin, Dev., 1851, II, 555; Cass., 28 juin 1853, Larchevêque, Dev., 1853, I, 695; Bordeaux, 21 févr. 1861, Vacquand, Dev., 1863, I, 91; Cass., 25 nov. 1867, Charvet, Dev., 1868, I, 80; Toullier, t. IV, n° 179; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 168; Larombière, t. III, art. 1256, n° 6.)

50. — 3° Mais voici que les dettes ne sont pas plus onéreuses l'une que l'autre.

Elles sont *d'égale nature*, dit notre texte; *cum nulla causa prægravet,... si omnia nomina similia sint*, disait Ulpien. (L. 5, ff. *de Solut.*)

Eh bien! alors l'imputation sera faite sur la plus ancienne.

C'est la troisième gradation de l'article 1256.

51. — La plus ancienne?

Quel est le sens de ce mot?

La dette la plus ancienne est-elle celle qui a été le plus anciennement contractée?

Est-ce, au contraire, la dette qui est la plus anciennement échue?

En d'autres termes, l'ancienneté des dettes s'apprécie-t-elle d'après la date de leur origine, ou d'après la date de leur échéance?

L'une des dettes a été contractée le 1 janvier 1870.

Et l'autre le 1 janvier 1871.

Mais celle du 1 janvier 1871 est échue la première, avant celle du 1 janvier 1870.

Elle est échue le 1 décembre 1871; tandis que l'autre n'est échue que le 1 décembre 1872.

Nous sommes en 1873.

Et les deux dettes, non payées, sont aujourd'hui également exigibles.

Quelle est la plus onéreuse?

La question est controversée.

D'après une opinion très-accréditée, il faut considérer comme plus onéreuse la dette la plus anciennement échue. Il est vrai qu'il serait, à un certain point de vue, de l'intérêt du débiteur que l'imputation fût faite sur la dette la plus anciennement contractée; car la dette, qui est échue depuis plus longtemps, s'achemine d'autant plus vers la prescription, et offre ainsi au débiteur une plus grande chance de libération. Mais ce serait là un intérêt malhonnête, dont il n'est pas possible de tenir compte. Le législateur qui protége, dans le passé, par la

prescription, le débiteur qui peut être présumé avoir payé, quoi qu'il ne justifie pas de ce payement, dont la quittance peut être égarée, le législateur, dit-on, ne saurait favoriser le honteux calcul du débiteur, qui spéculerait, dans l'avenir, sur la prescription, pour se libérer sans payer! et voilà comment il a été conduit, dans ce cas, à s'écarter de la règle qui dirige l'imputation dans l'intérêt du débiteur, pour la diriger, cette fois, dans l'intérêt du créancier. (Comp. Toullier, t. IV, n° 184; Marcadé, art. 1256; Larombière, t. III, art. 1256, n° 13.)

52. — Mais cette doctrine ne nous paraît pas exacte; et notre avis est, au contraire, que la dette la plus ancienne est la dette la plus anciennement contractée, celle qui est née la première :

1° Tel est d'abord, évidemment, suivant nous, le sens naturel et grammatical du mot : *ancienne*, appliqué, comme l'article 1256 l'applique, *à la dette* elle-même.

C'est là aussi ce que révéle son étymologie romaine : *antiquiorem causam*, disait Ulpien; *antiquiorem contractum*, disait Paul. (L. 5 *princ.*, et L. 8 ff. *de Solut.*)

Pothier l'entendait sans doute de même, lorsque, supposant, avec Scævola, deux dettes contractées *le même jour*, il décidait, par exception certainement, dans ce cas particulier, que celle dont le terme était plus court, et, par conséquent, échue plus tôt, est réputée, à cet égard, la plus ancienne. (n° 568; L. 89, § 2, ff. *de Solut.*)

2° C'est que, en effet, nous croyons que la question de prescription ne s'est, ici, nullement présentée à l'esprit du législateur, pas plus dans l'intérêt du créancier que dans l'intérêt du débiteur.

Autrement, il faudrait donc distinguer entre les différentes prescriptions, suivant leur durée plus ou moins longue!

Il faudrait distinguer aussi entre les dettes dont la

prescription a été interrompue et celles dont la prescription n'a pas été interrompue, etc.

C'est-à dire que nous serions jetés dans tout un ordre de considérations et de distinctions, complétement étranger à la pensée qui a inspiré cette disposition au législateur.

3° Cette pensée est, en effet, suivant nous, beaucoup plus simple ; et elle rentre elle-même dans la règle d'après laquelle l'imputation légale doit être faite dans l'intérêt du débiteur, conformément à l'intention des parties, équitablement interprétée. Le législateur a considéré sans doute que la dette la plus anciennement contractée était celle dont le débiteur avait, en général, le plus d'intérêt à se libérer, et dont le créancier lui-même était vraisemblablement disposé à demander, avant tout, le payement ; et cette considération paraît être, en effet, le plus généralement conforme à la vérité du fait. (comp. Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 723 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 201 *bis*, III et IV.)

35. — 4° Enfin, l'article 1256 suppose *toutes choses égales*.

Et il décide que l'imputation alors se fait proportionnellement :

Ex omnibus summis pro portione. (L. 8, ff. *de Solut.*)

Ce qui est une nouvelle exception, qu'il faut ajouter à la règle, que l'article 1244 consacre, de l'indivisibilité du payement. (Comp. le t. IV de ce *Traité*, nos 245 et suiv.)

Je suis débiteur, envers Paul, de deux dettes distinctes, tout à fait d'égale nature : l'une, de 1000 francs ; l'autre, de 2000 francs.

Et je lui verse 1500 francs, sans qu'aucune imputation, ni expresse, ni tacite, soit faite dans la quittance ;

Ou bien la quittance porte simplement : *à valoir sur ce que je lui dois.*

Eh bien ! alors, l'imputation se fera pour 500 francs

sur la dette de 1000 francs et pour 1000 francs, sur la dette de 2000 francs.

Il le faut bien ainsi, vraiment, toutes choses étant égales!

54. — Dans l'espèce que nous venons de supposer, le chiffre de la somme payée ne cadrait exactement avec le chiffre ni de l'une ni de l'autre dette.

Supérieur à l'un, il était inférieur à l'autre.

Mais supposons le contraire.

Débiteur, envers Paul, de 1000 fr. pour une cause, et de 2000 fr. pour une autre cause, je lui paye 2000 fr.

L'imputation se fera-t-elle encore proportionnellement sur les deux dettes?

Ou devra-t-elle être faite exclusivement sur la dette de 2000 fr.?

Cette dernière solution est celle de Toullier, qui n'admet l'imputation proportionnelle, que dans le cas où la somme payée est inférieure à toutes les dettes ou égale à chacune d'elles (t. IV, n° 183).

Mais pourtant, l'article 1256 est général; et il ne fait pas ces distinctions.

Oh! sans doute, il suffira, en cas pareil, d'une imputation tacite; c'est ce que nous avons reconnu (*supra* n° 43).

Mais encore faut-il une imputation par le débiteur, ou par le créancier!

Autrement, c'est l'article 1256 qui devient notre règle.

55. — Lorsqu'il existe plusieurs dettes produisant des intérêts, l'imputation légale doit-elle être faite d'abord sur les intérêts de toutes ces dettes indistinctement, plutôt que sur celle des dettes, en capital et intérêts, que le débiteur a, pour lors, le plus d'intérêt d'acquitter?.

Question controversée, que nous avons déjà examinée. (*Supra* n° 25-27).

Nous avons entrepris d'établir que l'article 1254 n'est pas applicable au cas où il existe plusieurs dettes, et que

le débiteur peut, alors, aux termes de l'article 1253, diriger l'imputation sur celle qu'il entend acquitter.

Par les mêmes motifs, nous pensons que, si la quittance ne porte aucune imputation, le payement doit être imputé, aux termes de l'article 1256, non pas sur les intérêts de toutes les dettes indistinctement, mais sur celle des dettes, que le débiteur avait, pour lors, le plus d'intérêt d'acquitter.

56. — Le législateur, dans l'article 1256, a prévu surtout deux cas :

1° Celui où, entre plusieurs dettes, les unes sont échues; tandis que les autres ne le sont pas;

2° Celui où toutes les dettes sont échues.

Mais il est un troisième cas, qu'il ne semble pas avoir prevu, du moins directement, c'est celui où toutes les dettes sont non échues.

De quelle manière devra être faite alors l'imputation d'un payement, qui est insuffisant pour les éteindre toutes?

Marcadé estime qu'elle doit être faite sur celle qui est le plus près d'échoir, entre dettes du moins de nature semblable. (d'après l'art. 1256).

Mais nous croyons qu'il faut répondre, d'une façon plus générale, que l'imputation, lorsque toutes les dettes sont non échues, doit être faite d'après les mêmes règles que lorsque toutes les dettes sont échues, abstraction faite de toute priorité d'échéance.

Cette dernière circonstance, en effet, ne paraît pas avoir été prise en considération.

Et, dès qu'elle se trouve écartée, on arrive à cette conséquence que l'appréciation comparative des dettes, au point de vue de leur caractère plus ou moins onéreux pour le débiteur, doit avoir lieu, d'après les mêmes règles, soit que toutes les dettes se trouvent échues, soit qu'elles se trouvent non échues, pour celles du moins, dont le terme n'a pas été stipulé dans l'intérêt

du créancier. (Comp. Cass. 28 juin 1853, Larchevêque, Dev. 1853, I, 695; Duranton, t. XII, n° 195; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 167; Colmet de Santerre, t. V. n° 201 *bis*, II; Larombière, t. III, art. 1256, n° 11.)

57. — Il nous reste à faire, sur cette première partie de notre Division, trois observations générales :

I. La première, c'est que les règles, que nous venons d'exposer sur l'imputation des payements, ne sont pas applicables, lorsque le créancier, comme disait Pothier, se paye par lui-même d'une chose, qui lui est hypothéquée, et qu'il a fait vendre. (n° 571).

Il est évident alors que le prix provenant de la chose, qui formait le gage spécial de la dette, se trouve, en effet, spécialement affecté au payement de cette dette elle-même.

Autrement, le créancier pourrait se voir enlever sa garantie! (Comp. le tom. III de ce *Traité*, n° 249; Cass. 24 août 1829, Sirey, 1829, I, 420; Bordeaux, 26 févr. 1833, Chambonneau, D. 1834, II, 136; Lyon, 30 août 1861, Dubouchet, Dev. 1862, II, 156; Duvergier sur Toullier, t. IV, n° 184 note *a*).

58. — Voilà comment aussi on a décidé que le créancier de plusieurs dettes qui, après avoir demandé spécialement à son débiteur le payement de l'une de ces dettes, reçoit le montant de celle qu'il demandait, ne peut pas prétendre imputer ce payement sur une autre dette, qui serait sur le point de s'éteindre par prescription. (art. 1253; Comp. Cass. 13 juin 1834, *Contribut. indir.* Dev. 1835, I, 298; Duvergier sur Toullier, t. IV, n° 184 note *a*).

59. — II. Ces règles ne sont pas non plus applicables à un compte courant, tant qu'il dure.

Tant qu'il dure, en effet, les payements, ou, comme on dit, les versements qui ont lieu de part et d'autre, n'ont pas pour but de l'arrêter et de l'éteindre, mais, bien au contraire! de le continuer et de l'alimenter; jusqu'à ce qu'il se résume, après sa clôture, dans

une créance unique et homogène. (Comp. Caen, 15 mars 1837, Dev. 1839,II,287; Cass. 3 avril 1839, Dev. 1839, I,257; Bordeaux, 8 avril 1842, Dev. 1842,II,402; Cass. 17 janv. 1849, Dev. 1849,I,228; Rouen, 19 janv. 1849, Dev. 1850,II,138, Cass. 22 mars 1852, de la Planche, Dev. 1852,I,308; et les *Observations* de M. Massé, h. l.; Paris, 21 déc. 1852, Bony, Dev. 1853,II,35; Cass. 24 mai 1854, Rousseau-Moisant, Dev, 1855,I,737, Cass. 29 juill. 1868, Mazarin, Dev. 1869,I,36; Cass. 18 déc. 1871, Serigiers, Dev. 1872,I,223; Larombière, t. III, art. 1256 n° 15.

60. — III. Nous ajoutons enfin que les règles d'imputation, qui précèdent, étant fondées sur l'interprétation de la volonté vraisemblable des parties, n'ont pas un caractère impératif.

D'où il faut conclure qu'elles cesseraient d'être applicables, dans le cas où les juges, qui ont, en ces circonstances, un pouvoir souverain d'appréciation, reconnaîtraient, en effet, qu'il a été dans l'intention du débiteur d'acquitter une dette autre que celle sur laquelle le payement devrait être imputé, d'après le texte de l'article 1256. (Comp. *supra* n° 491; Cass. 28 juin 1853, Larchevêque. Dev. 1853,I,695; Cass. 25 nov. 1867, Chauvet. Dev, 1868,I,80; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 168).

61. — II. Nous avons posé, en second lieu, la question de savoir quel est l'effet de l'imputation (*supra* n° 3).

La réponse est bien simple.

L'imputation n'est autre chose qu'un payement.

Et, par conséquent, elle a, comme tout payement, pour effet d'éteindre la dette, sur laquelle elle est dirigée;

De l'éteindre, disons-nous, avec toutes ses garanties accessoires, réelles ou personnelles; de sorte qu'il n'est plus ensuite au pouvoir du créancier ni du débiteur, même d'accord, de faire revivre ces garanties, au préjudice des tiers. (Art. 1234, 1262, 1263, 1298.)

Débiteur, envers Paul, de deux dettes, l'une hypothécaire, l'autre chirographaire, je lui ai fait un payement, qui, par suite d'une imputation régulière, a éteint la dette garantie par une hypothèque.

Que cette imputation ait été faite par le débiteur, par le créancier, ou par la loi, il n'importe, dès qu'elle est régulièrement accomplie.

Dès ce moment, en effet, l'hypothèque s'est irrévocablement éteinte avec la dette; et une convention nouvelle ne saurait la faire renaître.

La Cour de Cassation a très-juridiquement consacré ce principe :

« Attendu que, en admettant, en droit, la validité d'une telle convention, quant à ses effets possibles entre les parties contractantes, elle ne pouvait avoir pour conséquence de faire revivre, au préjudice des tiers, une hypothèque éteinte par le payement de la créance, dont elle formait la garantie ; — Que l'imputation est un véritable payement, et que, au moment où elle s'opère, l'hypothèque cesse, de plein droit, d'exister comme la créance, dont elle est l'accessoire ; — Que son extinction profite à l'instant même aux tiers, et que, sauf le cas où elle serait le résultat de la surprise ou du dol, il ne dépend de personne de leur en enlever le bénéfice... » (Cass. 25 juill. 1864, Ardoin, Dev. 1864 I, 452.)

62. — Il en serait de même d'un cautionnement.

Le créancier et le débiteur ne sauraient certainement non plus le faire revivre au préjudice de la caution, s'il avait été une fois éteint par suite d'une imputation de payement;

Pas plus qu'ils ne pourraient, sans le concours de la caution, déroger à la clause de l'acte de cautionnement, par laquelle ils auraient déterminé, dans l'intérêt de la caution et contradictoirement avec elle, sur quelles sommes un payement fait par le débiteur devrait être imputé. (Art. 1134; comp. Caen, 17 avril 1869, Jouvin, Dev. 1870 III, 180.)

§ IV.

DES OFFRES DE PAYEMENT ET DE LA CONSIGNATION.

SOMMAIRE.

63. — Exposition.
64. — Suite.
65. — Le droit, pour le débiteur, de payer, malgré le refus ou l'absence du créancier, doit exister, quel que soit l'objet de l'obligation : une somme d'argent; — un corps certain; — des choses indéterminées; — ou un fait. — Division.

63. — Ce n'est pas seulement un devoir, pour le débiteur, de payer; c'est aussi un droit! (comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 219.)

Il peut, en effet, lui importer beaucoup d'éteindre son obligation : pour arrêter le cours des intérêts ; — dégrever ses immeubles d'une hypothèque ; — recouvrer le meuble, qu'il a donné en gage ; — libérer la caution, qui s'est engagée pour lui ; — éviter d'encourir une clause pénale ou une déchéance ; — se soustraire aux risques qui sont à sa charge, s'il a été mis en demeure, ou à la chance d'une augmentation des valeurs ou des quantités, qu'il doit livrer.

Le refus du créancier de recevoir, par mauvaise volonté, ou parce que son placement est bon et qu'il veut le garder le plus longtemps possible, ou par tout autre motif; — son éloignement dans un lieu inconnu peut-être ; — sa prétention de recevoir plus ou autre chose que ce que le débiteur veut lui payer; — sa résistance à laisser insérer, dans la quittance, les réserves ou les conditions que le débiteur prétend avoir le droit d'y mettre ;

Tels sont, généralement, les obstacles que le débiteur peut rencontrer, lorsqu'il veut exercer le droit qu'il a de payer.

Il fallait évidemment que la loi lui fournît le moyen d'en avoir raison, et de remplacer le *payement volontaire* par le *payement forcé !*

64.—Voilà le but *des offres réelles et de la consignation.*

Le législateur nouveau a emprunté ce moyen à l'ancienne pratique.

Et il l'a organisé soit dans le Code Napoléon par les articles 1257 à 1264, soit dans le Code de Procédure civile, par les articles 812 à 818.

Cette organisation est-elle satisfaisante? est-elle complète?

Il serait permis d'en douter; et peut-être reconnaîtrons-nous que cette procédure aurait pu être, en effet, mieux ordonnée et plus prévoyante.

65. — Le droit, pour le débiteur, de payer malgré le refus ou l'absence du créancier, doit exister certainement, quel que soit l'objet de l'obligation :

a — Une somme d'argent ;

b — Un corps certain ;

c — Des choses indéterminées ;

d — Un fait ou une abstention.

Nous aurons donc à examiner ces quatre hypothèses.

A.

DU CAS OU LA DETTE A POUR OBJET UNE SOMME D'ARGENT

SOMMAIRE.

66. — Du cas où la dette a pour objet une somme d'argent. — Division.
67. — I. Quelles sont les conditions et les formalités des offres réelles et de la consignation? — Cette procédure est, pour ainsi dire, en deux actes.
68. — *a*. Des offres réelles. — Il y a ici deux sortes de règles : les unes, qui rappellent les conditions générales du payement; les autres, qui déterminent les conditions spéciales des offres réelles.
69. — 1° Il faut que les offres soient faites au créancier ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui.
70. — Suite.
71. — 2° Il faut que les offres soient faites par une personne capable de payer. — Mais aussi, toute personne qui peut payer, peut offrir.
72. — 3° Les offres doivent être réelles et comprendre effectivement le montant intégral de la dette, en principal et accessoires.
73. — Suite.

74. — Suite.
75. — Suite.
76. — Suite.
77. — Suite.
78. — Suite.
79. — Suite.
80. — Suite.
81. — Suite.
82. — Le débiteur peut-il mettre à ses offres des réserves, des protestations, des conditions?
83. — Suite.
84. — Suite.
85. — 4° et 5°. Il faut que le terme soit échu ou la condition accomplie, lorsque la dette est à terme ou conditionnelle.
86. — 6° En quel lieu les offres réelles doivent-elles être faites?
87. — Suite.
88. — Suite.
89. — Suite.
90. — Suite.
91. — Suite.
92. — Suite.
93. — Suite.
94. — Suite.
95. — 7° Il faut que les offres réelles soient faites par un officier ministériel.
96. — Les notaires peuvent-ils faire les offres réelles concurremment avec les huissiers?
97. — Suite.
98. — De la rédaction du procès-verbal d'offres réelles.
99. — Les offres peuvent être faites dans le cours d'une instance, soit en dehors de l'audience, soit à l'audience même. — Explication.
100. — Suite.
101. — Est-il nécessaire, dans tous les cas, que le débiteur fasse des offres réelles, avant de consigner la dette dont il veut se libérer?
102. — Suite.
103. — Suite.
104. — *b*. De la consignation. — Du cas où le créancier a accepté les offres réelles.
105. — Du cas où il les a refusées. — Que faut-il entendre ici par refus?
106. — Il n'est pas nécessaire que la consignation ait été autorisée par le juge. — Explication historique.
107. — Suite.
108. — Suite.
109. — Suite.
110. — Suite.
111. — La *réalisation*, c'est-à-dire, suivant le sens technique de ce mot dans notre ancien Droit, la réitération des offres réelles à l'audience, n'est plus exigée dans notre Droit nouveau.
112. — La loi n'a déterminé aucun délai entre les offres réelles et la consignation. — Explication.

113. — Ce que c'est que la consignation.
114. — 1° Il faut que la consignation soit précédée d'une sommation signifiée au créancier. — Explication.
115. — Suite.
116. — Suite.
117. — 2° Il faut que le débiteur se dessaisisse de la somme offerte. — Explication.
118. — Suite.
119. — 3° Il faut qu'il y ait eu procès-verbal dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus fait par le créancier de les recevoir, ou de sa non-comparution, et enfin du dépôt.
120. — Suite.
121. — Suite.
122. — Suite.
123. — La somme, qui est consignée, doit-elle être identiquement, en espèces, la même que celle qui a été offerte?
124. — Suite.
125. — 4° Il faut enfin que, en cas de non-comparution du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié, avec sommation de retirer les deniers déposés.
126. — Suite.
127. — Suite.
128. — Lequel des deux, du débiteur ou du créancier, doit supporter les frais des offres réelles et de la consignation?
129. — Suite.
130. — Suite.
131. — Suite.
132. — Suite.
133. — Suite.
134. — Suite.
135. — Suite.
136. — II. Quel est l'effet du mode de libération qui résulte de la procédure des offres réelles et de la consignation? — Exposition.
137. — Les offres réelles non suivies d'une consignation peuvent-elles produire quelque effet dans l'intérêt du débiteur? — Exemples. — Explication.
138. — Suite.
139. — Suite.
140. — Suite.
141. — Régulièrement, l'espèce de libération que produisent les offres réelles et la consignation, ne résulte que du complet accomplissement des deux actes qui constituent cette procédure.
142. — Mais quelle est l'espèce de libération qui en résulte? — Exposition.
143. — A. A compter de quel jour les intérêts de la somme due cessent-ils de courir à la charge du débiteur?
144. — Suite.
145. — Suite.
146. — B. La libération qui résulte des offres réelles et de la consignation, est-elle relative ou absolue? — révocable ou irrévocable?

147. — Du cas où la consignation n'a pas encore été acceptée par le créancier.
148. — Suite.
149. — La faculté qui appartient, dans ce cas, au débiteur, de retirer les deniers consignés, est-elle exclusivement attachée à sa personne?
150. — Du cas où la consignation a été acceptée par le créancier.
151. — Suite.
152. — Suite.
153. — Suite.
154. — Suite.
155. — Les créanciers de celui pour le compte duquel la consignation a été faite, peuvent l'accepter, en son nom, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances.
156. — Il importe que l'acceptation de la consignation par le créancier soit notifiée au receveur de la caisse des consignations.
157. — Lorsque la consignation a été acceptée par le créancier, la dette est irrévocablement éteinte ; et elle ne pourrait pas revivre, au préjudice des tiers, même par le consentement mutuel du débiteur et du créancier.
158. — Suite.

66. — Supposons d'abord que la dette a pour objet une somme d'argent.

Aussi bien, est-ce l'hypothèse la plus importante, celle surtout, dont l'application est la plus fréquente, en matière d'offres réelles et de consignation ;

A ce point que le législateur paraît souvent n'avoir en vue que celle-là seulement.

Deux points doivent être l'objet de notre étude :

I. — Quelles sont les conditions et les formalités de cette procédure ;

II. — Quel en est l'effet.

67. — I. L'article 1257, premier alinéa, est ainsi conçu :

« Lorsque le créancier refuse de recevoir son paye-
« ment, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et,
« au refus du créancier de les accepter, consigner la
« somme ou la chose offerte. »

Cette procédure est donc, pourrions-nous dire, en deux actes :

a. — Le premier représente les offres réelles ;

b. — Le second, la consignation.

68. — *a.* Voici d'abord, en ce qui concerne les offres réelles, comment s'exprime l'article 1258 :

« Pour que les offres réelles soient valables, il faut :

« 1° Qu'elles soient faites au créancier, ayant la capa-« cité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir « pour lui ;

« 2° Qu'elles soient faites par une personne capable « de payer ;

« 3° Qu'elles soient de la totalité de la somme exi-« gible, des arrérages ou intérêts dûs, des frais liqui-« dés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf « à la parfaire ;

« 4° Que le terme soit échu, s'il a été stipulé en « faveur du créancier ;

« 5° Que la condition, sous laquelle la dette a été con-« tractée, soit arrivée ;

« 6° Que les offres soient faites au lieu dont on est « convenu pour le payement ; et que, s'il n'y a point « de convention spéciale sur le lieu du payement, elles « soient faites ou à la personne du créancier, ou à son « domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la « convention ;

« 7° Que les offres soient faites par un officier minis-« tériel ayant caractère pour ces sortes d'actes. »

Les offres réelles ayant pour but de mettre le créancier en demeure de recevoir son payement, il faut évidemment qu'elles réunissent les conditions, qui sont nécessaires à la validité du payement en général.

En même temps, elles constituent une procédure spéciale, qui a ses règles particulières.

De là les deux ordres de dispositions, que cet article renferme :

Les unes, qui rappellent les conditions générales du payement ;

Les autres, qui déterminent les conditions spéciales des offres réelles.

69. — 1° Que les offres doivent être faites au créancier, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui, cela est d'évidence! (art. 1239.)

Puisque autrement, le créancier ne serait pas mis en demeure de recevoir, et bien plus même, puisque le payement ne serait pas valable.

70. — Le créancier est un mineur, placé sous la tutelle de sa mère survivante, à laquelle son père prédécédé a donné un conseil, avec mission spéciale de l'assister dans la réception des sommes dues au mineur.

Et le débiteur a fait des offres réelles à la mère seule.

Ces offres sont-elles valables?

Oui, d'après l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 12 juin 1870 :

« ..... Attendu que ni l'article 1258 du Code Napoléon, ni une disposition quelconque de la loi ne prescrivait aux appelants de faire leurs offres conjointement à la tutrice et au sieur Boyer (le conseil de tutelle), ou d'appeler celui-ci aux offres par une signification régulière.... » (De Longuerne, Dev., 1870, II, 272.)

Mais pourtant, il faut que les offres réelles, pour être valables, mettent, dans son tort, le créancier qui refuse de les recevoir.

Et par conséquent, il faut que le créancier à qui elles sont faites, puisse, en effet, les recevoir, pour être dans son tort, en les refusant.

Or, la mère tutrice, à laquelle l'officier ministériel apporte les espèces, peut-elle les recevoir seule, lorsque le père prédécédé lui a nommé un conseil?

Certainement non!

On consignerait mal sur la tête d'un mineur destitué de défenseur, disait Davot. (*De la Consignation*, t. II, p. 514.)

C'est le même principe! (Comp. notre *Traité de la Minorité; — de la Tutelle*, etc., t. I, nos 97-98; Bioche, *Dict. de Procéd.*, v° *Offres réelles*, n° 20; Dumesnil, *Lois et Règlements sur la Caisse des Consignations*.)

71. — 2° Pareillement, il faut que les offres réelles soient faites par une personne capable de payer.

Mais toute personne capable de payer, peut faire des offres réelles.

Qui peut payer peut offrir !

Le second droit est la conséquence et la sanction du premier.

Aussi, les offres réelles peuvent-elles être faites, non-seulement par le débiteur ;

Mais par toute personne intéressée à l'acquittement de la dette, telle qu'un coobligé ou une caution ;

Ou encore par un tiers qui n'y est point intéressé. (art. 1236 ; comp. le t. IV de ce *Traité*, n°s 51-56.)

72. — 3° Les offres doivent être réelles, et comprendre le montant intégral de la dette, en principal et accessoires.

Elles doivent, disons-nous, être *réelles*, c'est-à-dire qu'il faut que l'officier ministériel exhibe, effectivement et matériellement, au créancier, les espèces qu'il le somme de recevoir, et qu'il doit être prêt à verser entre ses mains.

Aussi, d'après l'article 812 du Code de Procédure :

« Tout procès-verbal d'offres désignera l'objet offert, de « de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre ; et « si ce sont des espèces, il en contiendra l'énumération et « la qualité. »

Il ne suffirait donc pas de faire des offres *verbales*, ou, comme on disait autrefois, des offres *labiales*.

« Au Palais, dit Merlin, on appelle *offres labiales* celles qui ne consistent que dans la déclaration qu'on offre et qu'on est prêt à faire telle chose. Quand même cette déclaration serait faite par écrit, on appelle *ces offres labiales*, pour les distinguer *des offres réelles*, qui sont accompagnées de l'exhibition et représentation effective des deniers ou autres choses qu'on offre, soit que ces offres réelles soient faites par un huissier, soit qu'elles soient faites sur le barreau. » (*Répert.*, v° *Offres*, n° 1.)

Il serait si facile, en effet, au débiteur, de déclarer qu'il est prêt à payer! tant de débiteurs le déclarent bien haut, qui seraient fort embarrassés, si on les prenait au mot! et ce sont même souvent ceux qui le déclarent le plus haut, qui sont en *réalité* les moins prêts!

C'est pourquoi le législateur veut, pour être sûr que ces offres sont sérieuses, qu'elles soient *réelles*!

73. — On en est sûr par ce moyen, sans doute!

Mais ce moyen lui-même est-il exempt de toute objection?

On ne saurait nier qu'il aggrave la condition du débiteur, puisque les offres réelles doivent être faites au domicile du créancier; tandis que régulièrement, le payement doit être fait au domicile du débiteur; et que la dette, de *quérable* qu'elle était, devient ainsi *portable*.

Les frais seront à la charge du créancier! (Comp. *infra*, n° 128.)

C'est bien le moins, apparemment.

Mais la nécessité de ce transport matériel des espèces dans un lieu éloigné peut-être, n'en est pas moins, pour le débiteur, une cause d'embarras et de soucis!

Que serait-ce donc, s'il fallait ainsi transporter des denrées, des marchandises! (Comp. *infra*, n°s 174-175.)

74. — Les offres doivent être de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, et des frais.

Car c'est là toute la dette; et elle ne peut pas être payée, ni par conséquent offerte par partie! (Comp. Paris, 11 juill. 1864, Frezier, Dev., 1865, II, 12.)

Mais pourtant, il se peut que les frais, ou du moins que tous les frais ne soient pas liquidés.

Les frais liquidés, il faut évidemment les offrir aussi.

Quant aux frais non liquidés, l'ancienne pratique avait admis qu'il était tout à la fois nécessaire et suffisant d'offrir, de ce chef, une somme quelconque, *quitte à réduire ou à parfaire*.

Et voilà ce que décide également l'article 1258, 3°;

Par ce motif, très-juste, en effet, que le créancier doit s'imputer de n'avoir pas fait liquider les frais qui lui sont dus, et que, en tous cas, cette criconstance ne doit pas faire obstacle à la libération du débiteur.

75. — Mais c'est le principal lui-même que le débiteur a offert ainsi, avec la clause : sauf à parfaire, en cas d'insuffisance.

Et le principal offert est, en effet, insuffisant; il est inférieur au chiffre de la somme due.

Les offres seront nulles ! car le texte de l'article 1258 exige que les offres comprennent *la totalité de la somme exigible.*

Ce n'est que *pour les frais non liquidés*, qu'il admet l'offre d'une somme, *sauf à la parfaire.* (Comp. Cass., 26 janv. 1867, Ramondenc, Dev., 1867, I, 111 ; Cass., 9 août 1872, Linoff, D., 1872, I, 332.)

76. — Telle nous paraît être, en effet, la règle.

Nous croyons, toutefois, qu'il faut excepter le cas où le débiteur se serait trouvé, par le fait du créancier, dans l'impossibilité de connaître le chiffre d'une créance non liquide.

C'est un droit, pour le débiteur, de se libérer ; et il ne faut pas que l'exercice de ce droit puisse être paralysé par le fait du créancier.

S'il arrive alors que le créancier reproche au débiteur de n'avoir pas exactement rempli toutes les formalités que la loi exige pour la validité des offres réelles, la réponse du débiteur sera péremptoire :

C'est par votre faute que je me suis trouvé dans l'impossibilité de les remplir ; et il n'est pas juste que votre faute me nuise et vous profite.

C'est ce que la Cour de Cassation a fort juridiquement décidé le 27 février 1849 :

« Attendu qu'il est constaté, en fait, par l'arrêt attaqué, que les héritiers Carlès ont fait tout ce qui était humainement possible pour connaître le chiffre exact des

sommes par eux dues aux frères Guibert : — Que, en effet, dans le procès-verbal d'offres, les héritiers Carlès déclaraient qu'ils faisaient lesdites offres, sauf à augmenter ou à diminuer sur taxe produite, avec offre de réparer toute erreur qui pourrait avoir été commise dans la liquidation, erreur occasionnée par le refus des frères Guibert de fournir eux-mêmes la liquidation.... » (Guibert, Dev., 1849, I, 412.)

77. — En ce qui concerne les frais non liquidés, l'article 1258 exige que le débiteur offre *une somme, sauf à la parfaire.*

On ne saurait donc considérer comme suffisante et libératoire l'offre de payer les frais non liquidés, *dès que la liquidation en sera faite !*

Une telle offre ne serait, en effet, pas du tout *réelle;* et il faut qu'elle le soit toujours dans une certaine mesure. (Comp. Cass., 16 nov. 1864, Marchand, Dev., 1865, I, 452.)

78. — Dans quelle mesure ?

Le texte ne la détermine pas;

L'article 1258 se bornant à disposer que les offres doivent être.... *d'une somme* pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire.

D'où l'on a conclu généralement que l'offre *d'une somme modique,* d'une *somme quelconque,* est suffisante.

Nous le croyons, en effet, ainsi ;

Mais, toutefois, sous cette double réserve :

1° Que la somme offerte ne soit pas évidemment dérisoire ; car la loi est sérieuse, et elle doit être appliquée sérieusement;

2° Que la somme offerte ne soit pas évidemment inférieure au montant des frais, que le débiteur lui-même sait déjà avoir été mis à sa charge ; car la loi doit être exécutée de bonne foi ! (Comp. Paris, 7 juin 1867, Waxin, Dev. 1872, I, 173 ; Toullier, t. IV, n° 192 ; Pigeau, *Comm. de la proc. civ.* T. II, p. 500 ; Bioche,

Diction. de Procédure, v° *Offres réelles*, n° 64; Larombière, t. III, art. 1258, n° 6.)

79. — Les offres doivent être, disons-nous, de la totalité de la somme due.

Ni plus, ni moins!

Parce qu'étant faites, selon le mot de Denizart, *pour tirer les parties d'affaire*, elles ne doivent point contenir matière à de nouvelles demandes (v. *Offres réelles*, n° 3.)

L'offre est donc nulle, si elle est inférieure à la somme due.

80. — Et si elle est supérieure?

Je vous dois 10 000 francs.

Mon offre est de 12 000 francs.

Merlin répond sans distinction, que les offres, en cas pareil, devront être déclarées nulles. (Répert. *Additions*, v° *Offres réelles*).

Notre avis est, au contraire, qu'une distinction doit être faite.

Si le créancier, expliquant son refus, déclare qu'il ne veut pas recevoir toute la somme offerte, soit parce qu'il ne peut pas ou ne veut pas rendre actuellement l'excédant, soit parce qu'il ne veut pas s'exposer ultérieurement à une action en répétition, et que l'officier ministériel, au lieu de la réduire au chiffre de la dette, retire son offre et remporte les espèces, nous croyons aussi qu'il faudra en prononcer la nullité; car le créancier n'a pas refusé la somme qui lui était due; ce qu'il a refusé seulement, c'est l'excédant qu'il n'était pas tenu de recevoir, lors même que l'huissier aurait déclaré que le débiteur lui en faisait don!

Mais il faudra, suivant nous, déclarer l'offre valable, si le créancier la refuse, comme on a dit, *sèchement*, sans donner le motif de son refus; car le moins est contenu dans le plus; et en lui offrant 12, je lui offre certainement 10!

Il en serait de même dans le cas où le créancier, au

moment des offres, ne se trouverait pas à son domicile; car il est toujours vrai de dire que la totalité de la somme a été offerte; et il n'est pas vraisemblable que le créancier, en un tel cas, l'aurait refusée tout entière, sans explication. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 164, note 7; Toullier, t. IV, n° 194; et Duvergier, *h. l.* note *a;* Marcadé, art. 1258; Larombière, t. III, art. 1257, n° 9; Colmet de Santerre, t. V, n° 203 *bis* I.)

81. — Nous venons de supposer que le créancier refuse l'offre, qui est supérieure à ce qu'il croit lui être dû.

A supposer qu'il l'accepte, le danger pourrait être pire encore!

Ce ne serait pas la nullité de l'offre, qu'il faudrait craindre.

Ce serait sa validité!

« J'ai souvent entendu dire à M. l'avocat Du Mesnil que *les belles offres faisaient perdre les beaux procès.* »

C'est une des règles de Loysel (*Inst. Cout.* liv. VI, tit. IV, n° 17).

Ce qui signifie, d'après Davot, qu'il est dangereux de trop offrir à son adversaire, et que celui qui offre tant, se fait souvent préjudice à lui-même. (*Loc. supra cit.*)

Le payement, en effet, suppose la dette!

Et lorsque le créancier a reçu, c'est au débiteur de prouver que la dette n'existait pas.

Preuve souvent difficile, surtout lorsque c'est le débiteur lui-même qui a sommé le créancier de recevoir! (Art. 1235; comp. le tome IV de ce traité, n° 31.)

82. — On rencontre assez souvent, dans les procès-verbaux d'offres réelles, des réserves, des protestations, des conditions, que le débiteur y fait insérer.

Quel en doit être l'effet?

Les offres ainsi faites sont-elles nulles ou valables?

Régulièrement, les offres doivent être pures et simples; le débiteur ne peut pas plus y mettre des condi-

tions, qu'il n'en pourrait mettre au payement lui-même.

C'est le droit du créancier de recevoir son payement purement et simplement ! (Comp. Cass. 3 févr. 1825, Sirey 1826, I, 162 ; Douai, 8 févr. 1854, Boissière, Dev., 1856, II, 481 ; Duranton, t. XII, n° 210 ; Berriat Saint-Prix, *Cours de Proc. civ.*, p. 644, note 5; Bioche, *Dict. de Proc.* V. *Offres réelles*, n° 86).

83. — Le motif même sur lequel nous venons de fonder la règle qui précède, suffit à démontrer qu'elle ne s'applique pas à celles des conditions ou réserves, qui seraient, de la part du débiteur, l'exercice d'un droit légitime, et qui ne sauraient être, dès lors, considérées, comme portant atteinte au droit légitime du créancier.

C'est en ce sens que Denizart enseignait qu'on peut apposer *des conditions raisonnables* aux offres réelles. (V. *Offres réelles, n°* 4).

Vous me donnerez une quittance ! — Vous consentirez main-levée de votre hypothèque ! — Vous me restituerez l'objet, que je vous ai donné en gage !

Assurément oui !

Le débiteur peut demander tout cela à son créancier, auquel il fait des offres de payement.

C'est le droit commun !

Un débiteur, dans le procès-verbal d'offres réelles, appose la condition que les objets saisis seront vérifiés, afin de constater leur état et de rendre le gardien ou le saisissant responsable de la détérioration. (Comp. Cass., 21 janv. 1820, Sirey, 1820-1-231).

Un autre déclare faire les offres comme contraint et forcé, en vertu d'un arrêt définitif, mais sous la réserve de se pourvoir en cassation. (Comp. Cass., 11 juillet 1849, Collardeau, Dev. 1850, I, 26).

Ou c'est un locataire en procès avec son propriétaire, auquel il demande certaines restitutions, qui fait au cessionnaire de celui-ci, des offres réelles de ses loyers, avec

la condition d'une restitution à son profit des sommes payées, pour le cas où il serait reconnu créancier du cédant. (Comp. Cass. 27 juill. 1870, Chenal, Dev. 1870, I, 399.)

En voici un, qui fait ses offres réelles, sous la réserve des frais de l'acte d'offre et de son enregistrement ! (Comp. Bordeaux, 12 juin 1870, de Longuerne, Dev. 1870, II, 272.)

Eh bien ! dans tous ces cas, les offres seront valables, malgré ces conditions et ces réserves, qui se bornent à rappeler et à maintenir le droit légitime du débiteur. (Comp. Duranton, t. XII, n° 210; Larombière, t. III, art. 1258, n° 11.)

84. — Mais le débiteur a dépassé son droit !

Il a fait mettre, dans le procès-verbal d'offres, des protestations ou des réserves qu'il ne pouvait pas y mettre.

Les offres seront nulles, avons-nous dit (*supra*, n° 80).

Et encore, pourtant, faut-il excepter le cas où ces protestations et ces réserves se trouveraient en contradiction directe avec les offres et tomberaient ainsi devant le fait même de ces offres, de manière qu'elles devraient être considérées comme non avenues. (Comp. Cass. 24 janv. 1872, Vialettes, Dev. 1872, I, 23.)

85. — 4° et 5°. Il faut, pour que les offres réelles soient valables, que le terme soit échu, ou la condition accomplie, lorsque la dette est à terme ou conditionnelle :

Le terme, s'il a été stipulé dans l'intérêt du créancier,

La condition, bien entendu, si elle est suspensive !

86. — 6° Quant au lieu où les offres doivent être faites, il faut distinguer :

Si un lieu a été spécialement convenu pour le payement, c'est à ce lieu qu'elles doivent être faites.

Telle est la loi du contrat (comp., art. 1258-6°, 1247, 1134; *infra*, n° 87; Cass., 28 avril 1814, Sirey, 1814, I, 209; Cass., 8 avril 1818, Sirey, 1818, I, 239; Po-

thier, n° 577; Toullier, t. IV, n° 196; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 195; Larombière, t. III, art. 1258, n° 14).

87. — S'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du payement, les offres doivent être faites à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention (comp. notre *Traité du Domicile*, n° 378).

Voilà, pour cette fois, une dérogation notable au droit commun.

Car, de droit commun, le payement doit être fait au domicile du débiteur (art. 1247).

Mais il fallait bien en venir là, dès que l'on admettait la nécessité des offres.

L'offre implique, en effet, une inititiave, une interpellation directe et personnelle à celui auquel elle s'adresse.

Et puisque le créancier ne vient pas, il est évident qu'il faut aller le chercher !

Oui, sans doute, il le faut ainsi, avec le régime des offres réelles.

Mais ce régime lui-même était-il indispensable?

Voilà ce qu'on peut demander, malgré son ancienneté traditionnelle.

N'aurait-il pas suffi d'une sommation par le débiteur au créancier d'avoir à venir chercher son payement ;

Sauf à déterminer un délai, assez court, dans lequel le débiteur aurait dû, sous peine de nullité de sa sommation, consigner les espèces, faute par le créancier de s'être présenté pour les recevoir? (Comp. *supra*, n° 64.)

C'est ainsi que l'on procède pour les effets négociables, dont le porteur ne se présente pas (comp. *infra*, n° 101).

88. — Un lieu a été convenu pour le payement.

Mais, quand l'officier ministériel arrive, il ne trouve personne, ni le créancier, ni son domicile réel, qui est

ailleurs, ni son domicile d'élection, que le créancier a négligé d'y faire.

Comment procéder ?

« Il faudra, répondait Pothier, l'assigner à sa personne ou à son domicile, devant son juge, pour faire ordonner qu'il sera tenu d'élire un domicile, où le débiteur puisse faire son payement; sinon, qu'il sera permis au débiteur de consigner. » (N° 577.)

Telle est aussi, sous notre Code, la réponse de Toullier (t. IV, n° 197; comp. Duvergier, h. l., note *b*).

Que le débiteur puisse suivre cette voie et mettre le créancier en demeure de faire une élection de domicile, cela est vrai.

Mais nous ne pensons pas que ce soit, pour lui, une obligation.

D'après M. Larombière, le débiteur peut, en ce cas, régulièrement offrir à la personne ou au domicile du créancier, faute, par ce dernier, d'avoir élu un domicile spécial au lieu convenu pour le payement. Ce défaut d'élection de domicile est même, dit-il, un retour fait à son domicile ordinaire (t. III, art. 1258, n° 12).

C'est là encore, sans doute, une faculté pour le débiteur; mais pas davantage une obligation.

A notre avis, le débiteur a fait tout ce qu'il avait à faire, en cherchant à adresser ses offres au lieu du domicile, que le créancier, d'après la convention, avait promis d'élire; c'est la faute du créancier d'y avoir manqué.

En conséquence, il suffira, suivant nous, que l'officier ministériel, chargé de faire les offres, constate, dans son procès-verbal, qu'il n'a trouvé personne dans le lieu où le créancier s'était engagé à élire un domicile pour recevoir le payement. (Comp. art. 68 et 813, Code de de Procéd.; Duranton, t. XII, n° 217; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 194; Colmet de Santerre, t. V, n° 203, *bis*, III.)

89. — D'après l'article 584 du Code de Procédure, les offres réelles peuvent être valablement faites au domicile, que le créancier est tenu d'élire, dans le commandement préalable à la saisie mobilière, au lieu où doit se faire l'exécution.

L'exécution est imminente; l'heure est suprême!

C'est pourquoi le législateur a cru devoir subvenir au débiteur, en lui permettant de conjurer de suite, par des offres réelles, cette extrémité qui le menace!

D'où il suit que le droit, pour le débiteur, de faire des offres au domicile élu dans le commandement préalable à la saisie mobilière, existe, dans le cas même où la convention contient l'indication d'un lieu de payement;

Sauf au débiteur à faire la consignation dans le lieu convenu pour le payement. (Comp. *supra*, n° 84; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 194; Larombière, t. III, art. 1258, n° 14.)

90. — La même exception est applicable au cas de saisie-brandon.

Car, aux termes de l'article 684 du Code de Procédure, on doit *observer*, dans cette saisie, les *formalités prescrites au titre des saisies-exécution.*

91. — Il faudrait l'appliquer de même au cas de contrainte par corps.

Car, aux termes de l'article 783 du même Code, le procès-verbal d'emprisonnement doit contenir élection de domicile dans la commune où le débiteur sera détenu, si le créancier n'y demeure pas.

Et, aux termes de l'article 798, « le débiteur sera mis en liberté, en consignant, entre les mains du geôlier de la prison, les causes de son emprisonnement et les frais de la capture. » (Comp. Larombière, t. III, art. 1258, n° 13.)

92. — Mais doit-on étendre au cas de saisie-immobilière la disposition, que l'article 684 du Code de Procédure applique au cas de saisie-mobilière?

Quelques jurisconsultes enseignent l'affirmative, qui a été aussi consacrée par plusieurs arrêts.

L'article 673 du Code de Procédure exige aussi, dit-on, que le commandement préalable à fin de saisie-immobilière contienne une élection de domicile ; il n'ajoute pas, il est vrai, comme l'article 584, que les offres réelles pourront être faites à ce domicile ; mais les motifs sont les mêmes ; et il y a lieu, dès lors, de suppléer, par voie d'analogie, dans l'article 673, cette disposition de l'article 584. (Comp. Nîmes, 25 janv. 1827, Sirey, 1828, II, 189 ; Cass., 12 janv. 1842, Guébin, Dev. 1842, I, 138 ; Bordeaux, 13 juill. 1849, Angey, Dev. 1850, II, 524 ; Thomines-Desmazures, *Comm. du Code de Procéd.*, t. II, n° 744 ; Chauveau, sur Carré, Quest. 2425 *bis*.)

93. — Cette doctrine toutefois ne nous paraît pas admissible :

1° Le texte manque, on en convient !

Or, l'article 584 du Code de Procédure apporte à la règle générale posée par l'article 1258 du Code Napoléon, une exception qui ne saurait être étendue, lors même que les motifs, dans l'un et dans l'autre cas, seraient plus ou moins identiques.

2° Cette identité d'ailleurs n'existe pas.

Il n'y a pas, en effet, dans le cas de saisie immobilière, la même urgence que dans le cas de saisie mobilière.

Voilà bien pourquoi, dans le premier cas, l'election de domicile doit être faite par le créancier, aux termes de l'article 584, dans la commune où doit se faire l'exécution, afin précisément que le débiteur puisse de suite conjurer cette exécution par des offres réelles ;

Tandis que, dans le second cas, l'élection de domicile doit être faite, aux termes de l'article 673, dans le lieu où siége le tribunal, qui devra connaître de la saisie immobilière. (Comp. Aix, 24 février 1844, Ricaud, Dev., 1844, II, 333 ; Rouen, 13 juin 1845, de Saint-Aignan,

Dev. 1845, II, 77; Cass., 5 mars 1849, mêmes parties, Dev. 1850, I, 646; Merlin, Répert., v° saisie immobilière, § VI, art. I, n° 1; Berriat-Saint-Prix, *Procéd. civ.*, p. 588; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 194; Larombière, t. III, art. 1258, n° 13.)

94. — Encore moins, les offres réelles pourraient-elles être valablement faites au domicile élu par le créancier dans une inscription hypothécaire, en vertu de l'article 2148, 1°!

« Attendu, dit fort justement la Cour de Grenoble, que toute signification doit être faite à la personne ou à son domicile réel; et que, en matière d'offres surtout, c'est au créancier personnellement que l'on doit s'adresser, parce que lui seul peut apprécier la suffisance des dites offres, et qu'ainsi c'est à son domicile réel que l'on doit s'adresser. » (20 août 1853, Fournet, Dev. 1854, II, 457.)

Telle est, en effet, la règle.

Cette règle comporte, il est vrai, quelques exceptions.

Mais ni le texte ni les principes ne permettent de mettre au nombre de ces exceptions le cas de l'élection de domicile dans une inscription hypothécaire, dont le but est tout autre! (Comp. art. 2156.)

C'est ce que remarque aussi la Cour suprême, dans l'arrêt par lequel elle a rejeté le pourvoi qui avait été formé contre l'arrêt de la Cour de Grenoble (5 déc. 1854, Chollier, Dev., 1855, I, 282).

95. — 7° Enfin, le législateur a voulu que les offres fussent faites par un officier public, afin de prévenir toute difficulté, entre les parties, sur la réalité même de ces offres qui se trouveront ainsi constatées authentiquement.

96. — Cet acte de sommation, disait Pothier, doit être fait *par un huissier ou sergent* (n° 578).

L'article 1258 7° se borne à dire que les offres seront faites par un *officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes.*

Ces termes comprennent encore certainement les huissiers.

Mais ils n'excluent pas les notaires, qui, déjà, même dans notre ancien Droit, paraissent avoir été admis à signifier les offres réelles, concurremment avec les huissiers. (Comp. Ferrières, sur l'art. 136 de la Cout. de Paris; Denizart, v° *Offres*, n° 15; Davot, t. II, l. v.)

Les notaires doivent donc y être admis encore aujourd'hui.

Cette compétence leur a été contestée pourtant: l'article 1258, a-t-on dit, porte que les offres seront faites par *un officier ministériel;* or, telle n'est pas la dénomination légale des notaires, que l'article 1 de la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat, appelle *des fonctionnaires publics*. (Comp., Nîmes, 23 août 1809, Sirey, 1810, II, 553; Carré, *Lois de la Procéd.*, t. III, n° 2783; Pigeau, t. II, p. 492; Duvergier sur Toullier, t. IV, n° 201, note *a*.)

Mais, d'abord, quant au nom d'*officiers ministériels*, on peut voir qu'il est donné aux notaires eux-mêmes par la loi du 28 avril 1816. (Intitulé du § 2 et art. 91.)

Au fond, d'ailleurs, de quoi s'agit-il?

Il s'agit de dresser un acte auquel *les parties doivent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique;*

Or, telle est précisément, d'après l'article 1 de la loi du 25 ventôse an XI, la mission des notaires (comp. article 1317).

C'est ainsi que, aux termes de l'article 173 du Code de commerce, les notaires peuvent faire, concurremment avec les huissiers, les protêts faute d'acceptation ou de payement des lettres de change. (Comp. également, art. 154 du Code Napoléon.)

A plus forte raison, doivent-ils pouvoir faire des offres réelles, qui tendent au payement, et par suite à la rédaction de la quittance, qui est dans leurs attributions.

Le procès-verbal d'offres réelles n'est, en effet, que la

constatation authentique d'un fait ; il n'est, en aucune manière, un de ces actes de poursuite, qui sont de la compétence exclusive des huissiers ; et il s'en éloigne même beaucoup plus que le protêt, qui les avoisine au contraire de très-près !

Aussi, est-il généralement reconnu que les notaires peuvent faire les offres réelles.

Peuvent-ils faire aussi, dans le procès-verbal, la sommation au créancier d'assister à la consignation des offres ?

Oui, encore, suivant nous.

Car cette sommation n'est qu'un simple avertissement.

Et l'assignation en justice pour faire déclarer les offres valables ?

Davot et Bannelier allaient même jusque-là, affirmant que *cette assignation* (c'était leur mot), était valablement donnée par le notaire (liv. II, Traité XIV, chapitre XII, t. I).

En quoi, suivant nous, ils allaient trop loin ; car ce serait bien là un acte de poursuite, pour lequel les huissiers sont seuls compétents. (Comp., Lyon, 14 mars 1827, Sirey, 1828, II, 5; Agen, 17 mai 1836, Agut, Dev., 1837, II, 123 ; Bordeaux, 31 juin 1836, Laville, Dev. 1837, II, 79 ; Toullier, t. IV, n° 201 ; Marcadé, art. 1258, n° 1 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 193; Colmet de Santerre, t. V, n° 203 *bis*, III ; Larombière, t. III, art. 1258, n° 16.)

97. — La Cour de Cassation a décidé qu'une offre de payement, quoique n'ayant pas été faite par un officier ministériel, peut être déclarée valable, et que les poursuites ultérieures exercées par le créancier, peuvent être déclarées nulles avec dommages-intérêts, lorsqu'il est reconnu que, en refusant cette offre, qui était faite de la manière et par un intermédiaire déjà agréé pour un précédent payement, le créancier a agi avec mauvaise foi et dans un but de vexation.

La dette totale était primitivement de 10 francs !

Et le créancier avait, une première fois, consenti à recevoir l'offre d'un à-compte de 8 francs, qui lui avait été faite par l'intermédiaire d'un parent de son débiteur.

Ce même parent lui apportant ensuite les 2 francs, qui restaient dus; le créancier refuse, parce que, dit-il, cette offre n'est pas faite par un officier ministériel; puis, il lève le jugement, qui avait été rendu par le juge de paix; et il pratique une saisie sur les meubles du débiteur.

Malitiis non est indulgendum! a dit la Cour suprême (8 avril 1870, Giorgi, Dev., 1873, I, 85).

C'est que, en effet, on pouvait voir, dans la manière, dont la première offre avait été agréée, l'engagement tacite du créancier d'agréer la seconde offre de la même manière.

La somme d'ailleurs était si modique !

Mais ce n'est pas là, bien entendu, un arrêt doctrinal.

Et nous n'en devons pas moins poser en principe que les offres, pour être valables, doivent être faites par un officier ministériel.

98. — Rien de plus simple, du reste, que cet acte des offres réelles.

Aux termes de l'article 813 du Code de Procédure :

« Le procès-verbal fera mention de la réponse, du re-
« fus ou de l'acceptation du créancier, et s'il a signé,
« refusé ou déclaré ne pouvoir signer. » (Ajout. art. 68 et 69 du Code de Procéd.)

Du créancier, porte notre texte.

Ajoutons : ou de toute autre personne, ayant pouvoir de recevoir pour lui, et à laquelle l'offre réelle serait faite.

99. — Nous venons de parler des offres, qui sont faites généralement par exploit.

Mais souvent aussi il arrive que les offres sont faites, dans le cours d'une instance, soit en dehors de l'audience, soit à l'audience même.

Cette circonstance peut apporter quelques modifications dans la manière de procéder.

a. En dehors de l'audience, les offres peuvent être faites :

Soit par le débiteur, au créancier lui-même, ou à son domicile; et, dans ce cas, bien entendu, il faut suivre les formes ordinaires;

Soit par l'avoué du débiteur à l'avoué du créancier; et dans ce cas, elles peuvent être faites dans la forme des actes d'avoué à avoué, sous la condition que l'article 352 du Code de procédure exige, à peine de désaveu, que l'un et l'autre avoué, celui du débiteur et celui du créancier, sera muni d'un pouvoir spécial.

100. — *b*. A l'audience même et sur la barre, les offres peuvent être faites :

Soit par le débiteur lui-même à la personne du créancier;

Soit par l'avoué du débiteur à l'avoué du créancier, munis aussi, de part et d'autre, d'un pouvoir spécial.

Il faut, dans tous les cas, que les offres soient réelles, *à deniers découverts*, comme on dit.

Peuvent-elles être faites en cause d'appel?

La Cour de Douai semble avoir jugé la négative. (8 févr. 1854, Boissière, Dev. 1856, II, 481.)

Mais une telle solution serait contraire au texte de l'article 464 du Code de Procédure, qui permet de former, en appel, même une demande nouvelle, quand cette demande est la défense à l'action principale; aussi M. Rodière a-t-il justement remarqué que, malgré la généralité de son motif, l'arrêt de la Cour de Douai a été rendu dans des circonstances particulières. (J. du P., 1857, t. I, p. 70.) Il faut, en effet, tenir pour certain que les offres peuvent être faites en tout état de cause (comp. Merlin, Répert., v° *Offres*, n° IV).

Les offres étant ainsi faites réellement sur la barre, le jugement ou l'arrêt, par lequel le Tribunal ou la Cour

en donne acte, remplace le procès-verbal, qui en est dressé par l'officier ministériel dans les cas ordinaires.

Et la consignation?

Elle n'est même pas alors nécessaire; les juges peuvent, en déclarant les offres valables et suffisantes, ordonner que le créancier sera tenu d'en recevoir le montant, sous peine d'être lui-même constitué en demeure. A quoi bon, en effet, d'autres formalités, en cas pareil? (Comp. Cass., 27 juin 1849, Bodin-Bennedy, Dev. 1849, I, 694; Cass. 23 févr. 1859, Gauthier-Morel, Dev. 1860, I, 533; Pau, 5 avril 1865, Soubirous, Dev. 1866, II, 241; Larombière, t. III, art. 1258 n° 19.)

101. — Est-il nécessaire, dans tous les cas, que le débiteur fasse des offres réelles, avant de consigner la somme, qui forme le montant de la dette, dont il veut se libérer?

L'affirmative paraît résulter des termes de l'article 1257, qui exigent la double formalité *des offres réelles suivies d'une consignation.*

Telle est, en effet, la règle.

Mais cette règle comporte néanmoins quelques exceptions.

Il en est une d'abord, que nous avons annoncée déjà (*supra*, n° 87).

C'est celle qui est relative aux billets à ordre ou autres effets négociables.

D'après la loi du 6 thermidor an III, la consignation de la somme portée au billet, peut avoir lieu, sans offres préalables, si le porteur ne se présente pas dans les trois jours qui suivent l'échéance.

Il le fallait bien ainsi!

A qui faire des offres, puisqu'on ignore en quelles mains le billet se trouve actuellement?

Dans ce cas donc, une fois le dépôt accompli, le débiteur n'est tenu que de remettre l'acte de dépôt, en échange du billet.

102. — Une autre exception est écrite dans l'article 777 du Code de Procédure, qui autorise l'adjudicataire sur expropriation forcée à consigner son prix et les intérêts échus, *sans offres réelles préalables.*

103. — Ne faut-il pas admettre, enfin, d'une manière plus générale, que les offres réelles préalables à la consignation, ne sont pas nécessaires dans les différents cas où le débiteur ne pouvant pas valablement payer entre les mains de son créancier, est autorisé à consigner le montant de sa dette?

Voici, par exemple, une tiers-saisi.

Aux termes de l'article 1242, il ne peut pas payer valablement son créancier, au préjudice de la saisie ou de l'opposition.

Est-il nécessaire néanmoins qu'il lui fasse des offres réelles, avant de consigner?

Oui, a-t-on répondu ; « parce que, en effet, les offres réelles préalables ont pour but de mettre le créancier à même de les accepter, ou de donner les motifs de son refus, d'établir que les oppositions alléguées n'existent pas, ou de le mettre en mesure d'en rapporter la mainlevée. » (Comp. Paris, 24 déc. 1853, Cobade, Dev., 1854, II, 503; Cass., 22 nov. 1869, Malaste, Dev., 1870, I, 164.)

La vérité est que beaucoup d'offres réelles sont faites ainsi dans la pratique, à laquelle nous nous sommes référé ailleurs (comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 219).

Mais la doctrine contraire compte des partisans considérables.

D'après Toullier, les offres réelles ne seraient pas exigées en cas pareil; mais il faudrait que la consignation fût autorisée par un jugement (t. IV, n° 215).

L'opinion la plus générale paraît être toutefois, que non-seulement les offres réelles ne sont pas nécessaires, mais qu'il n'y a pas lieu non plus d'exiger qu'un jugement autorise la consignation.

Pourquoi des offres de payement, lorsqu'un payement valable n'est pas possible? (Comp. les nos 1 et 8 de l'art. 2 de la loi du 3 juillet 1816.)

Pourquoi un jugement, qui autorise la consignation, lorsque l'article 1259 dispose qu'il n'est pas nécessaire que la consignation soit autorisée par le juge?

Ce double argument nous paraît, en effet, devoir l'emporter (comp. Amiens, 20 févr. 1840, Hennequière, Dev., 1842, II, 118; Riom, 15 mai 1852, Farjas, Dev., 1852, II, 624; Orléans, 17 janv. 1854, Boulard, Dev., 1856, II, 500; Zachariæ, Aubry et Rau, t, IV, p. 193; Larombière, t. III, art. 1259, n° 16).

104 — *b*. Nous venons d'exposer la procédure des offres réelles.

C'est, avons-nous dit, le premier acte (*supra*, n° 67).

Arrivons maintenant au second, qui est la consignation.

Il est clair, d'abord, que si le créancier accepte les offres, la procédure s'arrête, sauf la question des frais, dont nous allons bientôt parler (*infra*, n° 128 et suiv.).

L'officier ministériel fait alors le payement contre la quittance qui lui en est remise.

Et tout est dit!

105. — Ce n'est, en effet, d'après l'article 1257, *qu'au refus du créancier d'accepter les offres*, qu'il peut y avoir lieu à la consignation (comp. aussi art. 814 Code de Procédure).

Et par refus, il faut entendre toute espèce de non-acceptation, soit qu'elle résulte de son refus formel, de son silence seulement ou de son absence (comp. art. 1258, 6° et 1259, 3°; *supra* n° 63).

Car souvent il se cache, disait Davot, *et nos huissiers ont raison de prendre son absence pour un refus* (liv. II, *Traité*, XIV, chap. XIII).

106. — Aux termes de l'article 1259 :

« Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la

consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge; il suffit :

« 1° Qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au créancier et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte sera déposée;

« 2° Que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt;

« 3° Qu'il y ait eu procès-verbal dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir ou de sa non-comparution, et enfin du dépôt;

« 4° Que, en cas de non-comparution de la part du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié, avec sommation de retirer la chose déposée. »

D'après une ancienne pratique, notamment au Châtelet de Paris, il fallait que le débiteur obtînt un jugement pour être autorisé à consigner ; et le procès-verbal devait même contenir une assignation au créancier à cet effet, devant le juge.

Cette pratique pourtant n'était pas universelle ; à Lyon, par exemple, on ne l'observait pas; et la consignation pouvait y être faite sans jugement préalable (Denizart, v° *Offres réelles*, n° 5).

Ajoutons qu'elle n'était même bien solidement établie dans aucune province.

Aussi, Pothier, en constatant cet usage, ajoute-t-il qu'il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été précédee de l'ordonnance du juge et que le jugement qui intervient par la suite, et qui la confirme, a un effet rétroactif (n° 578).

Voilà ce que décide également l'article 1259, avec grande raison sans doute!

A quoi bon, en effet, une instance judiciaire, toujours dispendieuse, pour que le débiteur puisse exercer, à ses

risques et périls, la faculté que la loi elle-même lui accorde de consigner!

107. — Mais est-ce à dire que le débiteur, qui a fait des offres, ne puisse pas, au préalable, et avant la consignation, en faire prononcer la validité contradictoirement avec le créancier?

Non, assurément.

Il peut vouloir, en effet, très-légitimement ne pas s'exposer à faire une consignation inutile, et ne pas rester dans l'incertitude sur le fait de sa libération. Cela est, disons-nous, très-légitime; car le refus du créancier de recevoir est bien de nature à lui inspirer sur ce point quelques craintes.

Aussi, le droit, pour le débiteur, de former une demande en validité de ses offres, avant de consigner, résulte-t-il virtuellement des termes mêmes de l'article 815 du Code de Procédure :

« La demande, qui pourra être intentée soit en validité, soit en nullité *des offres ou de la consignation*, sera formée d'après les règles établies pour les demandes principales; si elle est incidente, elle le sera par requête.» (Comp. art. 816; Bordeaux, 16 janv. 1833, Dev. 1833, II, 180; Duranton, t. XII, n° 227; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 195; Larombière, t. III, art., 1259, n° 5.)

108. — De même, réciproquement, le créancier, de son côté, peut prendre l'initiative d'une demande en nullité des offres, qui lui ont été faites et qu'il a réfusées.

C'est aussi ce qui résulte l'article 815.

109. — Du reste, la procédure des offres réelles et de consignation, poursuivie par le débiteur, ne fait pas obstacle à l'exercice de droit, qui appartient au créancier, après avoir refusé les offres, de poursuivre le payement de ce qu'il prétend lui être dû; il peut, au lieu de demander la nullité des offres, par voie d'action principale, demander le payement de la dette, en faisant abstraction

des offres; sauf à en soutenir incidemment la nullité, si le débiteur les lui oppose par voie d'exception. (Comp. Cass. 4 juill. 1838, de Chastenet, Dev. 1838, I, 881; Larombière, t. III, art. 1257, n° 7.)

110. — De même encore réciproquement, la demande en nullité des offres, formée par le créancier, ne fait pas obstacle à l'exercice du droit, qui appartient au débiteur de consigner sans autorisation du juge, pendant l'instance, le montant de ce qu'il prétend seulement devoir. (Comp. art. 816 Code de Proc.)

Chacun de son côté, en effet, le débiteur et le créancier, peut exercer son droit à ses risques et périls.

111. — Nous venons de rappeler que, d'après l'ancienne pratique, la consignation devait être autorisée par un jugement, et que, à cet effet, le débiteur devait assigner le créancier à comparaître en justice (*supra*, n° 104).

Cet usage en avait amené un autre, qui consistait en ce que les offres réelles, qui avaient déjà été faites à la personne du créancier ou à son domicile, étaient renouvelées et réitérées à l'audience; et c'était seulement après cela que le juge autorisait la consignation.

Cette réitération des offres avait même reçu un nom singulier, tout à fait technique; elle s'appelait *réalisation.*

« L'usage du Châtelet, disait Denizart, est de *réaliser*, c'est-à-dire de *réitérer* les offres à l'audience; et ce n'est que du jour de cette *réalisation*, qu'on prononce la décharge des intérêts dans ce tribunal. » (V° *Offres réelles*, n° 5; comp. Merlin, Répert., v° *Réalisation.*)

Cette réalisation, comme on voit, n'était pas la consignation; elle la précédait seulement et la préparait.

Notre Code, ayant supprimé la nécessité d'une procédure judiciaire préalable à la consignation, a, par cela même, supprimé la *réalisation*, qui n'était qu'une conséquence et un incident de cette procédure.

Nous n'avons donc plus rien de pareil ; et lors même qu'une instance est engagée avant la consignation, soit par le débiteur, soit par le créancier, sur la validité ou sur la nullité des offres, il n'est pas nécessaire de réitérer les offres à l'audience.

Le mot *réalisation* pourtant a été conservé encore dans l'article 816 du Code de Procédure, sous le titre : *Des offres de payement et de la consignation*.

D'où on a voulu conclure que la chose elle-même aussi avait été conservée ; et on en a déduit des conséquence d'une véritable importance pratique.

Mais l'explication historique, que nous venons de fournir, a, par avance, démontré que la *réalisation* de notre ancien Droit n'existe plus dans notre Droit nouveau.

Et nous compléterons bientôt cette démonstration. (*Infrà*, n° 145).

112. — La loi n'ayant déterminé aucun délai entre les offres et la consignation, il s'ensuit que la consignation, qui est facultative pour le débiteur, peut être faite par lui, quand il le juge convenable : soit immédiatement après les offres ; soit dans un délai plus ou moins long, à son gré.

Remarquons toutefois, que les offres réelles n'étant libératoires, qu'autant qu'elles sont *suivies d'une consignation* (art. 1257), il est de l'intérêt du débiteur, qui tient à prouver que ses offres réelles sont sincères, et qui veut être libéré, de consigner le plus tôt possible (comp. Cass. 5 déc. 1826, Sirey, 1827, I, 308, Toullier, t. IV, n° 333 ; et Duvergier, *h. l.* note *a* ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 195 ; Larombière, t. III, Dev., 1259, n° 4).

113. — On nomme *consignation*, dit Denizart, le *dépôt de deniers*, que fait un débiteur entre les mains d'un officier, dont la fonction est de recevoir ces sortes de dépôts, dans la vue de se libérer. (V° *consignation*, n° 7).

Cette espèce de *dépôt* reçoit aussi quelquefois le nom de *séquestre*.

En effet, aux termes de l'article 1961 :

« La justice peut ordonner le séquestre :

« 3° Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération. »

Quelles en sont les formalités?

C'est ce que nous allons voir rapidement.

114. — 1° Il faut d'abord que la consignation soit précédée d'une sommation signifiée au créancier, à sa personne ou à son domicile réel ou élu, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu, où la chose offerte sera déposée.

C'est encore un appel fait au créancier, afin de lui prouver que les offres sont sérieuses et qu'il puisse, jusqu'au dernier moment, empêcher la consignation, en les acceptant.

115. — Rien ne s'oppose à ce que la sommation soit faite par le procès-verbal, qui constate les offres; la loi, en effet, n'exige pas qu'il y ait un intervalle entre les offres et la consignation.

Aussi, avons-nous dit que cette sommation peut être faite par le notaire, qui fait les offres (*supra*, n° 96).

116. — Faut-il que la sommation soit donnée aux délais ordinaires des ajournements?

Le texte ne l'exige pas;

Ni davantage le caractère de cet acte, qui n'est pas, en effet, un ajournement proprement dit, ni une assignation.

Les délais, disait Davot, dans notre ancien Droit, *ne sont autres que du temps où l'acquéreur puisse commodément se rendre au bureau*. (*De la Consignation*, t. II, p. 521).

Tel est encore, à défaut d'une fixation légale, notre Droit nouveau.

Il faut et il suffit que la sommation accorde au créancier le délai moral suffisant pour se rendre au lieu où la consignation doit être faite.

Le créancier doit être *attendu pendant une heure !* ajoutait Davot, qui entre dans des détails curieux, où se reflètent les habitudes de l'ancien temps, ces habitudes plus simples, plus régulières que celles du nôtre, et certainement aussi plus douces !

Une heure, pourtant, c'est beaucoup !

Ceci, d'ailleurs, n'est qu'une question de fait, que les magistrats, en cas de difficulté, auraient à apprécier suivant les circonstances (comp. Larombière, t. III, art. 1259, n° 6).

117. — 2° Il faut que le débiteur se dessaisisse de la somme offerte, en la remettant dans le lieu indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt.

Ce dessaisissement du débiteur, c'est le payement, autant qu'il dépend de lui de le faire, lorsque le créancier refuse ou est absent.

Forcer le créancier de recevoir effectivement la chose offerte, il ne le peut pas !

Mais ce qu'il peut, c'est de s'en dessaisir et de cesser, à partir de ce moment, d'en conserver la possession et les avantages.

Aussi, cette condition est-elle essentielle !

Et ce n'est, en effet, qu'à partir du jour de son accomplissement, que le débiteur obtient sa libération...

118. — Le lieu indiqué pour recevoir les consignations, était d'abord, d'après la loi du 28 nivôse an XIII, la Caisse d'amortissement.

Mais la loi du 28 avril 1816 a créé, à cet effet, une caisse spéciale, qui a précisément reçu le nom de *Caisse des Dépôts et Consignations* (art. 110 et 111 ; ajout. les Ordonnances des 22 mai et 3 juillet 1816).

Les préposés de la Caisse des consignations sont : à Paris, le caissier ; — dans les chefs-lieux de départements, les trésoriers-payeurs généraux ; — et, dans les

chefs-lieux d'arrondissement, les receveurs particuliers des finances (comp. Toullier, t. IV, n° 204).

119. — 3° Il faut qu'il y ait un procès-verbal dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus, qu'a fait le créancier de les recevoir, ou de sa non-comparution, et enfin du dépôt.

La consignation va être faite.

Il s'agit d'en constater la preuve, en mentionnant les circonstances, dans lesquelles elle a lieu.

C'est à cet effet qu'un nouveau procès-verbal doit être dressé.

120. — Par qui?

Par l'officier ministériel, dit l'article 1259.

Ce qui semblerait impliquer que c'est le même officier ministériel, qui a dressé le procès-verbal des offres, qui doit dresser le procès-verbal de la consignation.

Mais telle n'a pas été certainement la pensée du législateur.

Il n'y en aurait aucun motif!

Le procès-verbal de la consignation peut donc être dressé par un autre officier ministériel, que celui qui a dressé le procès-verbal des offres;

Pourvu, d'ailleurs, bien entendu, qu'il ait lui-même qualité pour faire les offres.

121. — C'est ainsi que le préposé à la Caisse des consignations n'aurait aucun caractère à cet effet, et que la consignation serait nulle, si le procès-verbal en avait été dressé par lui (comp. Nîmes, 22 août 1809, Sirey, II, 333; Toullier, t. IV, n° 216; Larombière, t. III, art. 1259, n° 13).

122. — Le procès-verbal doit désigner la nature des espèces offertes, c'est-à-dire leur nombre et leur qualité (art. 812, Code de procéd.).

Et bien entendu aussi, il faut consigner tout ce qu'il a fallu offrir : la totalité de la somme exigible, les arrérages ou intérêts dus, et en plus, ceux échus jusqu'au

jour du dépôt, ainsi que les frais liquidés, et une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire.

« Il faut tout consigner jusqu'au dernier sou, » disait Davot (*De la Consignation*, t. II, p. 520).

123. — Mais la somme, qui est consignée, doit-elle être, identiquement en espèces, la même, qui a été offerte?

M. Larombière ne croit pas que la loi l'exige. Lorsqu'il s'agit, dit-il, d'une somme d'argent, la chose offerte consiste uniquement dans cette somme, et non dans les espèces particulières, qui la composent ; consigner une somme égale, c'est donc consigner la somme offerte (t. III, art. 1259, n° 10).

Cette doctrine paraît raisonnable.

Et, toutefois, elle est, suivant nous, de nature à soulever quelques objections :

1° D'abord, elle semble contraire à la pratique de notre ancien Droit.

« Il ne faut pas, disait Davot, consigner en bloc, mais spécifier ce que l'on consigne, *afin qu'on puisse savoir si ce sont les mêmes espèces, qui ont été offertes* » (*De la Consignation*, t. II, p. 520).

Et Denizart nous apprend que, à Lyon, après les offres réelles faites, *on va au greffe faire apposer des cachets sur les sacs où sont renfermés les deniers offerts; et cette opération s'appelle cachettement....* (v° *Offres réelles*, n° 6).

2° Les textes nouveaux n'exigent-ils pas encore, de même, que les *espèces consignées* soient les *espèces offertes?*

C'est bien, en effet, ce qui semble résulter soit de l'article 1259, qui dispose que le débiteur doit se dessaisir *de la chose offerte*, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi ; soit de l'article 812 du Code de Procédure, qui dispose que :

« Tout procès-verbal d'offres désignera l'objet offert, de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre; et si ce sont des espèces, il en contiendra l'énumération et la qualité. »

3° On a pu considérer, en effet, que, par les offres réelles, les espèces, de choses indéterminées qu'elles étaient *avant*, devenaient, *après*, des choses déterminées (comp. art. 1932).

Peut-être aussi a-t-on voulu s'assurer d'autant mieux que les offres sont *réelles*, en empêchant le débiteur d'emprunter fictivement, *ad ostentationem!* la somme à un ami complaisant, pour la faire voir seulement à son créancier, dans l'espoir qu'il la refusera.

Ces motifs, suivant nous, sont sérieux ; et il nous parait permis d'en conclure que, dans la pensée du législateur, la somme consignée devrait être identiquement, en espèces, la somme offerte.

Nous reconnaissons, néanmoins, qu'il serait difficile de prononcer, de ce seul chef, la nullité de la consignation, si, en effet, le créancier, sans aucun intérêt d'ailleurs, se bornait à la demander de ce seul chef. Nous n'avons plus la formalité du *cachettement;* et en fait de deniers, *totidem idem est !*

124. — Puisque le créancier a été sommé de comparaître et de recevoir, il faut bien que le procès-verbal constate le refus qu'il a fait ou sa non-comparution.

Son refus, de quoi?

Sa non-comparution, où?

D'excellents auteurs ont pensé qu'il s'agissait d'énoncer, dans le procès-verbal de la consignation, le refus que le créancier a fait de recevoir les offres réelles, ou sa non-comparution à ces offres. (Zachariæ, Aubry et Rau., t. III, p. 136; édit. de 1856.)

Mais tel ne saurait être le sens de ces mots dans l'article 1259.

Il s'agit évidemment ici de constater le refus du créancier de recevoir les offres qui lui sont faites, au moment où la consignation va s'accomplir, ou sa non-comparution à la consignation.

Les offres réelles, en effet, vont chercher le créancier

à son domicile ; si elles ne l'y trouvent pas, on peut bien dire qu'il n'est pas chez lui, qu'il est non-présent.

Mais dire *qu'il n'a pas comparu*, c'est impossible ! car la *non-comparution* implique qu'il a été averti ou sommé de se trouver dans un certain endroit ; or, le créancier n'est pas sommé de se trouver aux offres réelles.

Et puis, comment supposer que, dans le procès-verbal de la consignation, on va s'occuper de ce qui s'est passé lors des offres réelles ! cela est fait ; cela est fini, dans un procès-verbal qui a été dressé *ad hoc*.

L'ensemble de la rédaction de l'article 1259 démontre bien d'ailleurs que le refus, de la part du créancier, de recevoir ou la non-comparution, dont il y est question, est le refus de recevoir au moment de la consignation ou la non-comparution à la consignation.

Il suffit, pour cela, de comparer les numéros 3 et 4 de cet article (comp. Marcadé, art. 1259, n° 11 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 204 *bis* 11 ; Zachariæ, Aubry et Rau, qui sont revenus à cette interpretation, dans l'édition de 1871, t. IV, p. 196.)

125. — 4° Enfin, il faut que, en cas de non-comparution de la part du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié, avec sommation de retirer les deniers déposés.

Le créancier pourrait peut-être penser que le débiteur n'a pas donné suite à ses offres, et qu'il n'a pas été jusqu'à la consignation.

Cette dernière sommation a pour but de lui apprendre, en même temps que l'achèvement de la procédure, la situation nouvelle et désormais plus grave, qui en résulte pour lui.

Les intérêts cessent de courir ; — les deniers consignés sont à ses risques (comp. *infra* n° 145.)

126. — D'après Davot, la signification du procès-verbal de consignation devait être faite autrefois *dans l'an et jour ;* il cite, en ce sens, un arrêt du 26 juin 1607 ;

et *il y en a aussi, dit-il, une certification du Parlement, de* 1640 (v° *Consignation*, t. II, p. 522.)

Notre Code, au contraire, n'a fixé aucun délai, dans lequel cette signification devrait être faite.

D'où il faut conclure que le débiteur est toujours à tmps de la faire.

127. — La solution qui précède, donne une importance particulière à la question, qui a été soulevée, de savoir si le débiteur est libéré du jour même du dépôt, ou seulement du jour de la signification du procès-verbal?

Aussi, quoique cette question se rattache à la seconde partie de notre division, où nous traitons des effets des offres et de la consignation, nous croyons devoir la résoudre de suite à cette place.

Delvincourt tient pour le dernier parti; il pense que la libération du débiteur ne date que du jour où la signification du procès-verbal du dépôt a été faite au créancier:

L'article 1259 exige, pour la validité de la consignation, quatre conditions, dont l'une est la signification du procès-verbal du dépôt.

Donc, dit-il, tant que cette signification n'a pas eu lieu, la consignation n'est pas valable; et le débiteur n'est pas libéré. (T. II, p. 157, note 7.)

Le judicieux auteur pourtant reconnaît que d'après l'article 1259, 2°, les intérêts ont cessé de courir, dès le jour du dépôt, et dès avant la signification du procès-verbal.

Ce qu'il explique par ce motif que, dès ce jour, il est certain que le débiteur n'a plus la possession des deniers et n'en retire plus aucun profit.

Mais est-ce que ce même motif ne doit pas aussi le décharger des risques?

Nous le croyons ainsi, et que la libération du débiteur, en effet, pour les risques comme pour les intérêts, s'opère dès le jour même du dépôt (art. 1257.)

La loi exige la signification du procès-verbal de ce dépôt!

Assurément oui.

Mais comme la loi n'a pas fixé un délai, dans lequel cette signification devrait être faite, il faut en conclure qu'elle peut toujours être faite; et que, une fois faite, elle aura un effet rétroactif au jour de la consignation.

Nous reconnaissons d'ailleurs qu'il eût été désirable que le législateur fixât un délai, dans lequel cette signification devrait être faite, puisqu'il a cru devoir l'exiger (comp. Duranton, t. XII, n° 225; Zachariæ, Aubry et Rom., t. IV, p. 198; Larombière, t. III, art, 1259, n° 14.)

128. — Aux termes de l'article 1260:

« Les frais des offres réelles et de la consignation sont « à la charge du créancier, si elles sont valables. »

Cette disposition est aussi juridique qu'équitable dans l'hypothèse, qu'elle prévoit.

Les offres et la consignation que le débiteur a faites, sont valables;

C'est-à-dire que le créancier est en faute; et que, c'est son refus injuste, qui a rendu nécessaires les frais de cette procédure;

Or, d'après l'article 1382, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer;

Donc, le créancier doit supporter les frais, auxquels il a mis lui-même le débiteur dans la nécessité de recourir: le coût des offres, de la consignation, les frais de transport, etc.

129. — Et les frais ordinaires de payement? de la quittance, du timbre, de l'enregistrement?

Pour ceux-là, ils restent à la charge du débiteur.

L'article 1260 ne déroge pas à l'article 1248.

Le texte, en effet, ne met à la charge du créancier que

les frais *des offres réelles et de la consignation*, et non pas les frais de quittance; c'est ce qui résulte aussi de l'article 12 de l'Ordonnance du 3 juillet 1816.

Cette distinction d'ailleurs est très-juste.

Les frais du payement auraient été à la charge du débiteur, lors même que le créancier n'aurait pas refusé de le recevoir.

Or, si ce refus ne doit pas nuire au débiteur, il n'y a pas de raison pour qu'il lui profite! (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 205 *bis*, I; Larombière, t. III, art. 260, n° 2.)

150. — Il ne faudrait pas non plus induire de l'article 1260 que le débiteur ait le droit de retenir, d'avance, par prélèvement sur la somme due, le montant des frais d'offres et de consignation.

Nous avons vu, au contraire, qu'il doit tout offrir et consigner (comp. l'article 12 précité de l'Ordonnance du 3 juillet 1816; Larombière, *loc. supra cit.*).

151. — L'article 1260 est, disons-nous, très-juridique et très-équitable, dans l'hypothèse qu'il a prévue.

Mais il n'a pas prévu deux autres hypothèses, qui peuvent encore se présenter, et dans lesquelles la question des frais est aussi à résoudre.

Il se peut en effet :

a. — Que le créancier, après avoir d'abord refusé les offres réelles, au premier acte, les accepte ensuite au second acte, et avant la consignation ;

b. — Ou même que le créancier, dès le premier acte, accepte les offres réelles, aussitôt que l'officier ministériel les lui apporte.

Il sera facile de résoudre ces deux cas, en y appliquant le principe, sur lequel l'article 1260 est fondé.

A qui la faute ?

Et à qui de prouver ?

Toute la question est là, d'après l'article 1382 (comp. Cass., 22 nov. 1869, Malarte, Dev. 1870-I.-164).

132. — Remarquons d'abord que les offres réelles ne nt pas le mode ordinaire ni régulier du payement.

Avant d'en venir là et de faire des frais, qui peuvent re inutiles, il y a toujours, il doit toujours y avoir une ntative de payement volontaire et à l'amiable.

C'est ce qu'implique le texte de l'article 1257, quand dit que le débiteur peut faire des offres réelles, *lorsque créancier refuse de recevoir son payement;* ce qui suppose une première démarche à cette fin.

C'est ce qui est d'ailleurs aussi conforme à la commune intention des parties, qui ont certainement entendu, ar un accord tacite, que les choses se passeraient ainsi, omme elles se passent toujours de bonne foi, suivant usage généralement admis.

Cela posé, il s'agit de savoir, lorsque le débiteur a fait es offres réelles à son créancier, lequel des deux est en ute?

Et de quelle manière la preuve peut en être fournie?

133. — *a.* La réponse est facile, dans l'hypothèse où créancier a refusé d'abord, au premier acte, les offres éelles, et ne s'est décidé à les accepter qu'au second cte, pour empêcher la consignation.

La preuve est alors établie par le procès-verbal d'offes, qu'il a refusé de recevoir.

Et son acceptation postérieure est, de sa part, l'aveu u'il a eu tort de refuser.

C'est donc lui, qui doit supporter les frais des offres du commencement de la procédure de consignation.

134. — *b.* Dans la seconde hypothèse, lorsque le réancier a, tout d'abord accepté, les offres à la première équisition, qui lui en a été faite par l'officier ministéel, nous croyons qu'il faut distinguer:

La dette était-elle *quérable*, c'est-à-dire le créancier evait-il, suivant le droit commun, aller chercher son ayement au domicile du débiteur? (Art. 1247).

Notre avis est qu'il doit supporter les frais des offres,

à moins qu'il ne prouve qu'il s'est d'abord présenté, par lui-même ou par un fondé de pouvoir, au domicile du débiteur, et qu'il n'a pas pu obtenir son payement.

C'est à lui de faire cette preuve.

Car c'est lui qui affirme, en effet, qu'il s'est présenté vainement pour être payé, et que, par conséquent, si le débiteur a fait des offres, il ne doit l'imputer qu'à lui-même.

Au contraire, la dette était-elle *portable*, c'est-à-dire le débiteur devait-il porter la somme due au domicile du créancier?

C'est alors, suivant nous, le débiteur, qui devra supporter les frais des offres, à moins qu'il ne prouve qu'il s'est d'abord présenté, par lui-même ou par un fondé de pouvoir, au domicile du créancier, et que celui-ci a refusé de recevoir ou qu'il n'y a trouvé personne.

Cette double déduction, en sens contraire, nous paraît résulter du principe général, que c'est à celle des parties qui affirme, que doit incomber le fardeau de la preuve. (L. 2. ff. *de Probationibus;* art. 1315).

Elle résulte, aussi de la disposition de l'article 1382, sur laquelle nous avons édifié cette thèse. (*supra* n° 135).

135. — Il faut de même en conclure que cette preuve, soit par le créancier qu'il s'est présenté d'abord chez le débiteur, soit par le débiteur qu'il s'est présenté d'abord chez le créancier, que cette preuve, disons-nous, pourra être faite par tous les moyens.

Car il s'agit, comme dans les autres cas d'application de l'article 1382, d'un fait, dont il n'a pas été possible de se procurer une preuve par écrit. (art. 1348; comp. Delvincourt, t. II, p. 763; Marcadé, art. 1260, n° 2; Colmet de Santerre, t. V, n°s 205 *bis*, II et III; Larombière, t. III, art. 1260, n° 1; voy. toutefois Toullier, t. IV, n°s 203 et 219; Duranton, T. XII, n°s 224).

136. — II. Nous venons d'exposer les formalités des offres réelles et de la consignation.

Il nous reste à voir quel est l'effet de ce mode de libération. (*Supra* n° 66).

Le second alinéa de l'article 1257 est ainsi conçu :

« Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ; elles tiennent lieu, à son égard, de payement, lorsqu'elles sont valablement faites ; et la chose ainsi consignée, demeure aux risques du créancier. »

Ce qui résulte d'abord de cette disposition, c'est que l'effet libératoire, que produit cette procédure, n'est obtenu que par le complet achèvement des deux actes qui la constituent, et comme, dit notre texte, *par les offres réelles suivies de la consignation.*

Cet effet libératoire est double :

1° Il fait cesser le cours des intérêts ;

2° Il met les deniers aux risques du créancier.

Mais ce double effet, disons-nous, n'a lieu qu'autant que les offres réelles et la consignation ont été cumulativement accomplies.

137. — Ce n'est pas d'ailleurs que les offres réelles, non suivies de consignation, ne puissent produire aucun effet.

Tout au contraire !

Il est évident que, par le moyen des offres, indépendamment même de la consignation, le débiteur peut prévenir la demeure, dans laquelle il se trouverait constitué par la seule échéance du terme, dans les différents cas où la demeure résulte, contre lui, de cette seule échéance, en vertu de la convention ou de la loi.

Aux termes de l'article 1662 :

« Faute par le vendeur d'avoir exercé son action de réméré dans le terme prescrit, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable. »

Ou encore, aux termes de l'article 1912 :

« Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat :

« 1° S'il cesse de remplir ses obligations pendant deux « années. »

Eh bien donc, vendeur, j'ai fait à l'acheteur, avant l'expiration du terme de réméré, des offres réelles de payement. (art. 1673.)

Débiteur d'une rente perpétuelle, j'ai fait au créancier, avant l'expiration de deux années, des offres des arrérages dus.

L'acquéreur ou le créancier a refusé mes offres.

Mais, après, je n'ai pas consigné.

Ai-je perdu mon droit de réméré? et l'acquéreur est-il devenu propriétaire irrévocable?

Ai-je encouru l'application de l'article 1912? et le créancier peut-il me contraindre au rachat?

Non certainement!

Les déchéances, que les articles 1662 et 1912 prononcent, ont pour cause la demeure, dans laquelle le débiteur est tombé;

Or, le débiteur, qui a fait des offres réelles, en sommant son créancier de les recevoir, n'est pas en demeure apparemment!

Donc, il est impossible de lui appliquer ces déchéances.

Les intérêts n'ont pas cessé de courir!

Les deniers ne sont pas aux risques de l'acheteur ou du crédi-rentier!

Que veut dire cette objection?

Que le débiteur n'est pas libéré!

Oh! cela est certain; et le débiteur ne prétend pas non plus qu'il est libéré.

Ce qu'il prétend, c'est qu'il n'est pas en demeure.

C'est que la faute, en cas pareil, n'est pas la sienne, à lui! qui a offert;

Mais bien celle du créancier, qui a refusé!

En un mot, c'est ici une question de mise en demeure et de déchéance.

Ce n'est pas une question de payement, ni de libéra-

tion. (Comp. Cass. 4 déc. 1826, Sirey, 1827, I, 308; Cass. 18 mai 1829, Sirey, 1829, I, 222; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 196-197; Larombière, t. III, art. 1257, n° 5),

138. — Pareillement, les offres réelles peuvent avoir pour effet, dans l'intérêt du débiteur, indépendamment de toute consignation, de le mettre à l'abri des dommages-intérêts ou d'empêcher l'ouverture d'une clause pénale.

Car il ne doit de dommages-intérêts, ou il n'encourt la clause pénale, que lorsqu'il est en demeure. (art. 1146, 1230).

Or, le débiteur, qui a fait des offres réelles, n'est pas en demeure!

La demeure devait-elle résulter, contre lui, de la seule échéance du terme?

Il faudra, mais il suffira qu'il ait fait ses offres avant l'échéance.

Le demeure ne pouvait-elle résulter contre lui, suivant le droit commun, que d'une sommation ou d'un autre acte équivalent?

Il pourra faire ses offres, soit avant, soit après l'échéance, tant qu'il n'aura pas reçu de sommation. (art. 1139).

139. — Mais, après avoir fait les offres, sans consigner, le débiteur pourra-t-il être ensuite constitué en demeure par une sommation de la part du créancier, de manière à encourir une condamnation à des dommages-intérêts, ou l'ouverture de la cause pénale, comme s'il n'avait pas fait d'offres antérieures?

On a répondu affirmativement :

D'une part, dit-on, le débiteur, en faisant des offres réelles, n'a pas encore fait tout ce qui lui était imposé; la consignation doit, en effet, suivre les offres dans le plus court délai possible; et, à défaut de consignation immédiate, il s'expose à être constitué en demeure soit par une sommation, soit par une assignation.

D'autre part, il faut bien que le créancier ait un moyen de constituer en demeure le débiteur, qui, après lui avoir fait des offres, s'en tient là et ne consigne pas; or, il n'en aurait aucun, d'après la doctrine contraire; ce qui est tout à fait inadmissible! (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 177.)

Cette solution pourtant ne nous paraît pas juridique :

1° N'oublions pas qu'il s'agit de savoir non pas si le débiteur est libéré, (car évidemment il ne l'est pas!) mais s'il peut désormais être considéré comme en demeure envers ce créancier, qui a refusé les offres réelles, qu'il lui a faites.

Or, c'est là ce qu'il nous paraît impossible de concéder.

Comment! je vous ai fait des offres réelles; je vous ai sommé de recevoir votre payement.

Voici un procès-verbal authentique, qui constate votre refus.

Et c'est après cela, que vous prétendez, vous! me constituer en demeure.

Mais que ne receviez-vous donc mes offres, quand je vous les ai faites!

C'est bien votre faute, si tout n'est pas fini maintenant entre nous.

Prétendrait-on que, par cette mise en demeure tardive, le créancier ferait encourir au débiteur la déchéance, à laquelle celui-ci aurait échappé par ses offres? Lui ferait-il perdre, par exemple, sa faculté de réméré? ou l'exposerait-il au rachat de la rente perpétuelle? (Comp. *Supra*, art. 137.)

Cela serait bien impossible; et nous ne croyons pas, en effet, que l'on aille jusques là.

Eh bien! suivant nous, il en doit être de même des dommages-intérêts ou de la clause pénale.

Car, si les déchéances, que nous venons de citer, ne

sont encourues que par le débiteur, qui est en demeure, de même ce n'est que par le débiteur, qui est en demeure, que peuvent être encourus les dommages-intérêts ou la clause pénale.

2[e] Quant à l'objection, qui consiste à dire que le créancier n'a plus alors aucun moyen de constituer le débiteur en demeure, notre réponse est simple.

C'est sa faute d'avoir refusé les offres !

Qu'il poursuive donc, s'il le veut, l'execution de l'obligation.

Mais qu'il ne prétende pas, en se ravisant, après avoir refusé, rejeter sur le débiteur les conséquences d'une demeure, qui est véritablement la sienne. (Comp. Toullier, t. IV, n° 220; Larombière, t. III, art. 1257, n[os] 6-7.)

140. — Nous avons reconnu que les offres réelles, non suivies de consignation, si elles ne libèrent pas le débiteur, peuvent avoir du moins pour effet de prévenir ou de purger sa demeure.

Ne pourraient-elles pas même, dans un certain cas, avoir pour effet de le libérer?

Je dois à Paul une somme de 10 000 francs.

Après la lui avoir offerte vainement à l'amiable, j'ai chargé un huissier de lui faire des offres réelles; et l'officier ministériel, porteur des espèces, comme il le fallait bien! s'est rendu dans une campagne isolée, où mon créancier a son domicile.

Paul, ayant, encore cette fois, réfusé de recevoir, l'huissier, après avoir dressé son procès-verbal, rapportait les espèces, pour me les rendre ou pour aller de suite les déposer à la Caisse des consignations, lorsqu'il a été arrêté par des voleurs et dévalisé.

Aucune faute, nous le supposons, ne lui est imputable, ni de s'être arrêté en route, ni d'être revenu trop trop tard, aucune! (comp. Cass., 3 août 1870, Say, Dev., 1872, I, 84.)

Pour qui la perte de cette somme de 10 000 francs?

Pour le créancier? — ou pour le débiteur?

On a répondu que c'est le débiteur, qui doit la supporter; car ce n'est que de la consignation, que la libération procède.

« Quelque fâcheux que soit cet événement pour le débiteur, dit M. Larombière, il ne peut cependant en faire subir indirectement les conséquences par le créancier. Autrement, le principe que la chose périt pour le propriétaire, *res perit domino*, serait éludé. D'ailleurs, le refus, plus ou moins injuste, plus ou moins inexcusable du créancier, ne saurait être considéré comme la cause immédiate de la perte de la chose. » (T. III, art. 1257 n° 11.)

Telle ne serait par notre solution; et à notre avis, c'est, au contraire, le créancier qui doit supporter la perte:

1° Aux termes de l'article 1382, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer; c'est, en effet, comme nous l'avons vu, sur ce principe même, qu'est fondée l'obligation, pour le créancier, de payer les frais des offres réelles et de la consignation, lorsqu'elles sont déclarées valables (art. 1260; *Supra*, n° 128);

Or, c'est par la faute du créancier, par son refus injuste de recevoir, que le débiteur a perdu cette somme de 10 000 francs;

Donc, le créancier lui doit, à titre de dommages-intérêts, la réparation du préjudice, qu'il lui a causé.

Et cette réparation consiste, tout naturellement, dans la libération du débiteur, qui devait une somme égale à celle qu'il a perdue par la faute du créancier.

2° On objecte que le refus du créancier n'est pas la cause immédiate et directe de la perte que le débiteur vient de faire.

Mais comment donc?

Est-ce que cette somme de 10 000 francs aurait été volée à l'huissier qui revenait, si le créancier l'avait reçue, comme il était tenu de la recevoir?

Apparemment non!

Donc, c'est parce que le créancier l'a refusée, qu'elle a pu être volée à l'huissier, qui la rapportait.

Ce n'est pas la faute du créancier, si cette route était infestée par des voleurs.

Non!

Mais ce qui est sa faute très-immédiate et très-directe, c'est d'avoir exposé l'huissier à tomber dans leurs mains avec la somme de 10 000 francs.

3° Voilà donc, se récrie-t-on, une libération, qui résulte des offres seulement, sans consignation! l'article 1257 est éludé!

Nous répondons que le débiteur n'est pas alors libéré directement par l'effet des offres elles-mêmes.

Il est resté débiteur.

Mais il a, de son côté, une action en dommages-intérêts, qui doit indirectement le conduire au même résultat que la libération.... *exceptionis ope*, dit Duranton. (T. XII, n° 225.)

141. — Revenons à notre sujet.

Il ne s'agit pas, pour nous, d'examiner l'effet des offres réelles, indépendamment de la consignation.

Nous étudions un mode de libération, un mode de payement.

Or, il est bien entendu déjà que l'espèce de libération que les offres réelles et la consignation produisent, ne résulte que du complet accomplissement de cette procédure, et des deux actes qui la constituent. (Comp. L. 9 Cod. *de Solutionibus*.)

Mais aussi, une fois cette procédure accomplie, le débiteur est libéré, en ce sens que les offres suivies de consignation *tiennent lieu, à son égard, de payement.*

Cette formule de l'article 1257 est remarquable.

Ce n'est pas, en effet, encore un vrai payement, un payement achevé.

Le débiteur ne possède plus les deniers.

Il est vrai.

Mais le créancier ne les possède pas encore.

Seulement, ils sont là, à sa disposition, dans une caisse, dont le préposé a pour mandat de les lui remettre, lorsqu'il se présentera pour les recevoir.

142. — Deux points importants sont ici à résoudre :

A. — A compter de quel jour les intérêts de la somme due cessent-ils de courir à la charge du débiteur?

Est-ce du jour des offres? ou seulement du jour de la consignation?

B. — Quel est le caractère de la libération, qui résulte, pour le débiteur, de cette procédure?

Est-elle relative ou absolue? révocable ou irrévocable?

143. — *a.* Nous demandons d'abord à partir de quel jour les intérêts cessent de courir.

Question controversée, sur laquelle trois solutions ont été produites.

A. — La première consiste à dire que les intérêts cessent de courir du jour des offres, et que, la consignation une fois faite, a un effet rétroactif jusqu'à ce jour.

Telle est la doctrine de Toullier. (T. IV, n°s 225-226.)

Le savant auteur remarque que l'article ne dit pas : *La consignation précédée des offres* libère le débiteur; il dit : *Les offres suivies de consignation.*

D'où il conclut que ce sont, en effet, *les offres réelles*, qui libèrent le débiteur.

Et il ajoute que cela est conforme à la règle de droit, qui veut, dans tous les cas, qu'on répute fait ce que l'adversaire nous a empêché de faire : *in omnibus causis, pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit, quominus fiat.* (L. 39, ff. *de Reg. juris.*)

Il est vrai, dit-il, que, *par une de ces contradictions, qui échappent trop souvent à la fragilité de l'esprit humain,*

l'article 1259, 2° dispose que le débiteur doit consigner la somme principale *avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt.*

Mais cette contradiction a été sentie ; et c'est pour la faire disparaître, que le législateur a disposé, par l'article 816 du Code de Procédure, que le jugement, qui déclare les offres réelles valables, prononcera la cessation des intérêts *du jour de la réalisation.*

Or, *faire des offres réelles*, ou *réaliser des offres*, ce sont des expressions synonymes.

Il est donc clair que l'article 816 du Code de Procédure a fait disparaître la contradiction, qui existait entre l'article 1257 et l'article 1259 du Code civil, et qu'il a définitivement consacré la disposition de l'article 1257, qui fait cesser les intérêts du jour des offres réelles.

144. — *b.* D'après la seconde opinion, il faut distinguer :

La consignation a-t-elle eu lieu avant le jugement, qui a prononcé la validité des offres?

On doit appliquer l'article 1259 du Code civil ; et les intérêts ne cessent que du jour de la consignation.

Au contraire, la consignation n'a-t-elle eu lieu qu'après le jugement?

On doit appliquer l'article 816 du Code de procédure ; et les intérêts cessent de courir du jour où les offres réelles ont été réitérées à l'audience.

C'est-à-dire que l'article 816 déroge, en partie et pour un certain cas, à la disposition du Code civil, d'après laquelle les intérêts ne cessent de courir que du jour de la consignation.

Dans le cas que prévoit l'article 816, le débiteur a fait déjà des offres réelles à son créancier.

Et voici que, à l'audience, il renouvelle ses offres ; il les réitère ; il *les réalise!*

A ce mot, il est impossible, dit-on, de ne pas reconnaître que le législateur du Code de procédure a fait revi-

vre, ou plutôt a conservé, pour ce cas, l'ancienne pratique.

C'est bien, en effet, le mot technique d'autrefois, dont le sens, très-déterminé, signifiait la réitération, à l'audience, des offres réelles déjà faites hors de l'audience. (Comp., *supra*, n° 111.)

Or, comment admettre que les rédacteurs du Code de procédure, qui certainement n'ignoraient pas l'ancien usage, ni l'ancien mot, qui le représentait, aient employé ce mot dans le sens de *dépôt et de consignation*, c'est-à-dire dans un sens entièrement nouveau et tout autre, que celui qui lui avait jusque-là toujours appartenu dans la terminologie des jurisconsultes et des praticiens!

Cela est d'autant plus inadmissible, que ce mot, ils ne l'emploient qu'une seule fois, précisément dans l'article 816, pour le cas où les parties sont à l'audience.

Tandis que, dans les autres articles de ce titre du Code de procédure, ils ont employé le mot : *consignation*. (Comp. art. 815, 817, 818.)

Il faut donc reconnaître que le mot : *réalisation*, dans l'article 816, a conservé sa signification ancienne.

Et que, dans le cas particulier auquel il s'applique, les intérêts cessent de courir du jour où les offres ayant été réitérées à l'audience, le jugement les déclare valables et constitue ainsi le créancier en demeure de recevoir son payement. (Comp. Merlin, Répert. v° *Intérêts*, § VII, n° 41; Pigeau, *Procéd. civ.*, t. II, p. 503; tel serait aussi, d'après Mourlon, le sentiment de M. Valette, *Répét. écrit.*, t. II, p. 727.)

143. — *c.* Nous n'admettons, pour notre part, ni l'une ni l'autre des solutions, qui précèdent.

Et notre avis est que ce n'est jamais qu'à compter du jour de la consignation, que les intérêts cessent de courir.

La preuve en résulte, suivant nous, des textes de la

loi; — des principes, qui régissent cette matière; — et de puissants motifs d'utilité pratique et d'équité :

1° Lorsque, en effet, l'article 1257 dispose que *les offres réelles suivies de consignation* libèrent le débiteur, il ne veut pas dire, comme Toullier le prétend, que la libération du débiteur date rétroactivement du jour des offres.

Ce qu'il signifie, c'est que la libération du débiteur ne résulte que du concours des offres et de la consignation, et qu'elle ne date, par conséquent, que du jour où les offres ayant été suivies de la consignation, toute la procédure est ainsi achevée.

Le législateur aurait été sans doute plus clair, s'il avait dit que *la consignation, précédée des offres réelles, libère le débiteur.*

Mais ce qu'il peut y avoir d'ambiguité dans sa rédaction, se trouve levé soit par l'article 1257 lui-même, soit par l'article 1259.

C'est, en effet, l'article 1257 lui-même, qui ajoute que *la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier*, prouvant bien que la libération du débiteur ne procède que de la consignation.

Et quant à l'article 1259, 2°, l'on ne saurait imaginer rien de plus clair, puisqu'il dispose formellement que le débiteur, après avoir fait les offres réelles, doit consigner le principal, avec les intérêts *jusqu'au jour du dépôt!*

Ainsi, d'après le Code Napoléon, les intérêts ne cessent de courir que du jour de la consignation, *du jour du dépôt.*

Et maintenant, l'article 816 du Code de procédure a-t-il dérogé au Code Napoléon?

Oui, pour le tout, répond la première opinion, qui soutient que, d'après cet article, c'est, dans tous les cas, du jour des offres réelles, que date la libération du débiteur (*supra*, n° 143);

Oui, répond aussi la seconde opinion, mais seulement

par partie, et avec la distinction, qu'elle vient de proposer (*supra*, n° 144).

Nous répondons, au contraire, que l'article 816 du Code de procédure n'a dérogé, ni pour le tout, ni pour partie, au Code Napoléon, et que loin de le modifier, il le confirme!

La raison en est évidente!

C'est que le mot : *réalisation*, qui s'y trouve employé, signifie, dans ce texte, non pas la réitération, à l'audience, des offres réelles, mais *la consignation*.

Tel n'était pas, dans l'ancienne pratique, le sens technique de ce mot!

Nous en convenons.

Et nous ne demandons pas mieux aussi que de reconnaître que le rédacteur de l'article 816 a commis, il est permis de le dire, une inadvertance législative, qui ne pouvait pas manquer de dérouter un peu les interprètes, en employant ce vieux mot dans un sens tout à fait nouveau; et en l'employant une seule fois, dans cet article où il s'agit d'une instance sur la validité des offres, au milieu des autres articles où il employait, au contraire, le mot : *consignation*.

Tout cela est vrai!

Mais nous n'en maintenons pas moins que ce mot : *réalisation*, dans l'article 816, signifie : *consignation*, comme dans les articles 815, 817 et 818.

La déclaration positive de M. Tarrible, dans *l'Exposé des motifs*, et le texte même de l'article 816, ne nous paraissent pouvoir laisser, sur ce point, aucun doute.

« Il est aisé de comprendre, disait l'orateur du Tribunat, que *la réalisation*, *dont parle cet article, est celle du dépôt*. L'article 1259 du Code civil, *qu'il ne s'agit nullement de réformer*, dit textuellement que les intérêts sont dûs jusqu'au jour du dépôt. D'un autre côté, les offres, quoique déclarées valables, ne pouvant éteindre la dette, ne peuvent non plus arrêter le cours des inté-

rêts jusqu'à la consignation, qui seule consomme la libération. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XXIII, p. 166-167.)

Cela est clair !

Et le texte de l'article 816 y est parfaitement conforme.

L'article 816, en effet, ne règle pas seulement, comme les opinions dissidentes semblent le croire, le cas où le jugement déclare les offres valables, avant que la consignation ait encore eu lieu; cet article est général; il règle également le cas, où le jugement déclare les offres valables, après que la consignation a déjà eu lieu. La preuve en résulte de la forme de sa rédaction, qui, loin de présenter le cas où la consignation n'aurait pas encore eu lieu, comme la circonstance caractéristique et décisive de l'hypothèse, qu'il régit, ne la présente, au contraire, que comme un incident, qui peut indifféremment s'y rencontrer ou y faire défaut.

Cela posé, il est évident que ce même mot : *réalisation*, ne saurait avoir, dans le même article, deux sens différents et contraires;

Or, dans le cas où la consignation a déjà eu lieu, avant le jugement qui déclare les offres valables, ce mot ne peut signifier, dans cet article, que le fait même de la consignation;

Donc, il ne peut signifier aussi que le fait de la consignation, dans le cas où cette consignation n'a pas encore eu lieu, lorsque le jugement déclare les offres valables.

Ce n'est pas d'ailleurs la seule fois, où les rédacteurs du Code de procédure ont détourné le mot : *réalisation*, *réalisé*, de son ancienne acception, en matière d'offres réelles. On en trouve un exemple encore dans l'article 777, dernier alinéa qui porte :

« A cet effet, l'acquéreur somme le vendeur de lui rapporter, dans la quinzaine, main-levée des inscriptions existantes, et lui fait connaître le montant des sommes, en capital et intérêts, *qu'il se propose de consigner*. Ce délai expiré, *la consignation est réalisée*...

Oui! l'ancien mot est décidément transformé!

2° Les textes ainsi entendus sont d'ailleurs très-conformes aux principes, qui régissent cette matière.

Ce n'est point par de simples offres, que le débiteur peut être libéré.

C'est seulement par la consignation, qui seule, en effet, par le dessaisissement qu'elle opère, peut tenir lieu de payement.

Comment! vous conservez la somme due; et vous prétendez être libéré!

On objecte que le créancier est en faute d'avoir refusé les offres réelles.

Nous répondons que c'est le débiteur qui est en faute, après ce refus, de n'avoir pas consigné.

Malgré ce refus du créancier, et nonobstant même la demande en nullité des offres, que celui-ci aurait formée, le débiteur pouvait consigner.

Pourquoi ne l'a-t-il pas fait, au lieu de conserver la possession et la jouissance de la chose due!

3° Cet argument est d'autant plus décisif, que le législateur, n'ayant déterminé aucun délai, dans lequel la consignation devrait être faite après les offres, un intervalle considérable de temps pourrait s'écouler entre les deux actes!

Si le législateur avait entendu faire remonter la libération du débiteur, rétroactivement jusqu'au jour des offres, après la consignation, il aurait certainement déterminé un délai, dans lequel la consignation devrait être faite après les offres.

C'est ainsi qu'il a procédé, lorsqu'il a donné à la citation en conciliation l'effet d'interrompre la prescription, et de faire courir les intérêts; il a exigé qu'elle fût suivie d'une demande dans le mois, à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation. (Art. 57, Cod. de procéd.; art. 2245, Cod. Napol.)

Or, il n'a rien exigé de pareil, en matière d'offres

réelles. (Comp. Duranton, t. XII, n° 225; Marcadé, art. 1257, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 199; Colmet de Santerre, t. V, n° 202 *bis*, I et II; Larombière, t. III, art. 1258, n° 7.)

146. — B. Il nous reste à voir quel est le caractère de la libération, qui résulte, pour le débiteur, des offres réelles et de la consignation;

Si elle est relative ou absolue; révocable ou irrévocable? (*Supra*, n° 142.)

Une distinction importante doit être faite :

Ou la consignation n'a pas encore été acceptée par le créancier;

Ou la consignation a été acceptée par lui, volontairement ou judiciairement.

Le premier cas est réglé par l'article 1261;

Le second, par les articles 1262 et 1263. (Comp. Pothier, n° 580.)

147. — L'article 1261 est ainsi conçu :

« Tant que la consignation n'a point été acceptée par « le créancier, le débiteur peut la retirer; et, s'il la retire, « ses co-débiteurs ou ses cautions ne sont point libérés. »

Nul, en effet, ne peut se lier soi-même, par sa seule volonté;

Or, les offres et la consignation, qui les a suivies, ne sont, tant que le créancier ne les a pas acceptées, que l'œuvre unilatérale du débiteur; elles ne sont encore qu'une simple pollicitation.... *solius offerentis promissum;*

Donc, la même volonté, qui les a faites, peut aussi les défaire.

Donc, en cet état, la libération, qui en résulte, est relative et révocable.

Tel est le sens de l'article 1257, qui se rapporte, en effet, au premier cas, que nous examinons, lorsqu'il dispose que :

« Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur, et tiennent lieu, *à son égard*, de payement. »

C'est-à-dire que la libération n'est pas encore accomplie, et que le résultat définitif en est conditionnellement subordonné à la volonté du débiteur.

148. — Il faut en conclure que le débiteur conserve la propriété de la chose consignée; ou plutôt, puisque, nous nous occupons d'abord du cas où la dette a pour objet une somme d'argent, c'est à lui, qu'appartient la créance, qui est née du dépôt, contre la Caisse des consignations.

Cette Caisse, en effet, ne connaît que lui; car, c'est lui qui est le déposant!

Aussi, est-ce très-justement que l'avis du Conseil d'État, du 16 mai 1810, après avoir remarqué :

« Que la consignation, non accompagnée ni suivie d'une acceptation, ne présente rien, qui constitue un contrat; et que c'est par ce motif que l'article 1261 du Code civil, parfaitement applicable à la question, a prononcé que, *tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer;*

« A décidé que la Caisse d'amortissement (aujourd'hui des consignations), ne peut exiger que la remise de son propre récépissé, revêtu de la décharge du consignateur, pour faire, quand elle en est requise, le remboursement des consignations volontaires par elle reçues, et qui n'ont été accompagnées ni suivies d'aucune acceptation ni opposition dûment notifiée au receveur de la caisse où la consignation a été faite.... »

149. — Cette faculté de retirer les deniers consignés est-elle exclusivement attachée à la personne du débiteur?

Ou, au contraire, peut-elle être exercée, en son nom, par ses autres créanciers, en vertu de l'article 1166?

La question est controversée.

D'éminents auteurs tiennent pour le premier parti.

D'après l'article 1257, disent-ils, la consignation libère le débiteur, indépendamment de l'acceptation de

celle-ci par le créancier; et il paraît inadmissible que les créanciers du débiteur puissent, contre son gré, faire revivre, à sa charge, une dette, dont il se trouve libéré.

D'où ils concluent que si, de fait, les créanciers avaient frappé d'oppositions les deniers déposés, ces oppositions ne deviendraient efficaces qu'autant que le débiteur donnerait son consentement au retrait (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 199; Larombière, t. III, art. 1261, n° 2).

Nous ne croyons pas toutefois que cette doctrine soit exacte :

1° Aux termes de l'article 557 du Code de Procédure :

« Tout créancier peut, en vertu de titres authenti-
« ques ou privés, saisir-arrêter, entre les mains d'un
« tiers, les meubles et effets appartenant à son débiteur,
« ou s'opposer à leur remise ; »

Or, nous venons de reconnaître que les deniers déposés à la Caisse des consignations par le débiteur, lui appartiennent toujours, ou du moins que c'est à lui qu'appartient la créance qui résulte de ce dépôt, tant que le créancier ne l'a pas acceptée;

Donc, ses autres créanciers ont le droit de pratiquer une saisie-arrêt sur ces deniers, en vertu de l'article 557, qui n'est lui-même, ainsi que nous l'avons dit, qu'une application de l'article 1166 du Code Napoléon (comp. le Tome II de ce Traité, n° 53).

2° Les dissidents objectent que nous oublions l'article 1257, d'après lequel la consignation libère le débiteur, indépendamment de l'acceptation de celle-ci par le créancier.

A quoi nous répondons qu'ils oublient, eux ! l'article 1261, d'après lequel le débiteur peut retirer, à sa seule volonté, la consignation, tant que le créancier ne l'a pas acceptée.

Il ne faut pas séparer ces articles l'un de l'autre.

Ce qui résulte, en effet, de leur combinaison, c'est que la consignation non acceptée n'est pas encore un payement, et qu'elle n'est, au contraire, qu'un projet, une simple pollicitation, par laquelle le débiteur lui-même ne se trouve nullement engagé!

Or, s'il n'y a pas encore payement, c'est que la dette existe toujours.

Si la dette existe toujours, c'est que les deniers appartiennent au débiteur.

Et si les deniers appartiennent au débiteur, ils peuvent être l'objet d'une saisie-arrêt par ses autres créanciers.

Nous n'apercevons pas ce qu'il y a, dans tout ceci, d'exclusivement attaché à sa personne.

3° Mais vraiment si! s'écrie le débiteur :

Vous allez me faire contracter une dette, malgré moi! or, contracter une dette, cela est une faculté exclusivement personnelle!

La réponse nous paraît facile.

Comment! le débiteur lui-même, en retirant la consignation, peut ainsi, par son propre fait, empêcher que ses codébiteurs et ses cautions soient libérés.

Et c'est lui qui vient prétendre, contre ses propres créanciers, qu'ils ne peuvent pas, dit-il, *faire revivre, à sa charge, une dette, dont il se trouve libéré.*

Mais vous pouvez bien, vous! *faire revivre* cette dette, à la charge de vos codébiteurs ou de vos cautions!

Et lorsque, en effet, vous retirez la consignation, vos codébiteurs ou vos cautions, ces tiers, qui pourtant ne s'étaient obligés dans votre intérêt que par esprit de bienfaisance, ne sont pas fondés à soutenir qu'ils étaient libérés et qu'ils ne peuvent pas être replacés, par votre fait, dans les liens de la solidarité ou du cautionnement!

C'est donc, en effet, qu'il n'y avait pas eu payement, et que la dette n'était pas éteinte.

Évidemment!

Or, ce que vous pouvez faire contre vos cautions, vous, le débiteur ! à plus forte raison, vos créanciers doivent-ils pouvoir le faire contre vous !

Car ils ne vous feront pas plus contracter ainsi une nouvelle dette, contre votre gré, que vous ne faites contracter à vos cautions un nouveau cautionnement contre leur gré ! (Comp. Paris, 18 juin 1872, Mittaine, le *Droit* du 19 septembre 1872 ; Duranton, t. XII, nos 237-239 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 266 *bis*, I.)

150. — Supposons maintenant que la consignation a été acceptée par le créancier.

C'est le second cas. (*Supra*, n° 146.)

Il est réglé par l'article 1262, en ces termes :

« Lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement « passé en force de chose jugée, qui a déclaré ses of- « fres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut « plus, même du consentement du créancier, retirer sa « consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses « cautions. »

C'est que l'offre du débiteur ayant été acceptée par le créancier, la convention est formée ! (Comp. *supra*, n° 147.)

Et comme cette convention avait pour objet l'extinction de la dette, la dette est, en effet, éteinte !

Elle est éteinte, disons-nous, de même que par le payement ; car c'est bien alors un vrai payement, qui résulte de cette procédure.

Et, par conséquent, avec la dette principale s'éteignent, du même coup, tous ses accessoires.

Les codébiteurs et les cautions sont donc libérés (art. 1262).

Pareillement, les priviléges et les hypothèques s'éteignent, soit au profit des créanciers hypothécaires postérieurs, soit au profit des tiers-détenteurs (art. 1263).

151. — Pour cela, d'ailleurs, il faut, bien entendu, que la convention soit irrévocablement formée entre le débiteur et le créancier, et qu'il n'y ait plus à s'en départir.

C'est ce qui arrive, d'après l'article 1262, *lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée, qui a déclaré ses offres et sa consignation valables.*

On ne doit pas évidemment conclure de ces termes qu'il est nécessaire que le jugement ait été rendu sur la demande en validité introduite par le débiteur.

C'est le créancier, qui a introduit une demande en nullité!

Qu'importe, si, sur cette demande, les offres et la consignation du débiteur sont déclarées valables.

Le contrat judiciaire est tout aussi bien formé (comp. Duranton, t. XII, n° 234; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 200).

152. — Il n'y a pas davantage à considérer si le jugement, qui a déclaré les offres et la consignation valables, n'a jamais été attaquable par la voie de l'opposition ou de l'appel; ou si, ayant été attaquable d'abord par l'une ou par l'autre de ces voies, il ne peut plus l'être, parce que les délais, dans lesquels l'attaque devait être introduite, sont expirés.

Cette distinction, qui peut n'être pas sans importance dans d'autres matières, est tout à fait étrangère à celle-ci; et nous n'avons pas à nous préoccuper de cette formule des articles 1262 et 1263 : *...passé en force de chose jugée... qui a acquis force de chose jugée.*

Au point de vue qui nous occupe, le jugement est *passé en force de chose jugée,* dès qu'il n'est pas susceptible d'être reformé par la voie de l'opposition, ni par la voie de l'appel.

Le contrat judiciaire est-il irrévocablement formé?

Telle est, en effet, notre seule question.

153. — Le jugement, qui a déclaré les offres et la consignation valables, peut être attaqué par la voie de l'opposition ou de l'appel.

Et les délais, dans lesquels l'une ou l'autre attaque peut être introduite, ne sont pas expirés.

Le débiteur peut-il, en cet état, retirer sa consignation, sans le consentement du créancier, de manière à ce qu'elle soit considérée comme non avenue, et que la dette et ses accessoires n'aient pas été éteints?

Non, dirons-nous, si le créancier, contre lequel le jugement a été rendu, ne l'attaque pas, et ne forme ni opposition ni appel; car lui seul peut l'attaquer; et lorsqu'il garde le silence, le jugement a, provisoirement, l'autorité de la chose jugée;

Oui, si le créancier l'attaque; car alors tout est remis en question, ou même, sans qu'il l'attaque, s'il consent au retrait, que le débiteur veut faire de sa consignation (comp. Mourlon, Répét. écrit., t. II, p. 728; Colmet de Santerre, t. V, n° 207 *bis*, V.).

154. — Est-il besoin de dire que l'acceptation volontaire que le créancier ferait de la consignation, la rend irrévocable?

Évidemment! (comp. art. 1263).

Ce n'est même qu'à l'instar du *contrat volontaire*, que le *contrat judiciaire* produit cet effet.

Il tient lieu d'une convention entre les parties; c'est le sens de la maxime : *judiciis quasi contrahimus*.

155. — Les créanciers de celui, pour le compte duquel la consignation a été faite, peuvent d'ailleurs l'accepter aussi en son nom, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances.

Et ils sont, en conséquence, fondés à saisir-arrêter les deniers déposés à la Caisse des consignations.

Cette application de l'article 1166, en ce qui concerne *les créanciers du créancier*, n'a pas d'ailleurs soulevé les mêmes controverses, que nous avons vu s'agiter, en ce qui concerne *les créanciers du débiteur* (*supra*, n° 149).

C'est que celle-ci est, en effet, incontestable! (comp.

Duranton, t. XII, n° 239; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 199).

156. — De quelque manière que la consignation ait été acceptée, volontairement ou judiciairement, par le créancier lui-même ou par ses créanciers, il est nécessaire que l'acceptation soit notifiée au receveur de la caisse des consignations.

Cette notification est d'une grande importance; et nous ne saurions trop conseiller de la faire dans le plus bref délai possible.

En effet, tant que le receveur n'est pas averti de l'acceptation du créancier, il ne peut, comme nous l'avons dit, exiger du débiteur que la remise de son propre récépissé, pour faire le remboursement des consignations, dont il vient opérer le retrait (*supra*, n° 148; avis du Conseil d'État du 17 mai 1810).

Ce retrait opéré frauduleusement par le débiteur, après l'acceptation du créancier, ne ferait certainement pas revivre l'ancienne dette, au préjudice des co-débiteurs ou des cautions; pas plus qu'elle n'en ressusciterait les priviléges ou les hypothèques.

Et, par conséquent, le créancier n'aurait plus, contre son débiteur, qu'une simple créance personnelle.

Voilà le danger d'une acceptation, que le créancier laisserait ignorer au receveur de la caisse des consignations! (comp. Toullier, t. IV, p. 234; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 200).

157. — Eh bien! donc, lorsque la consignation a été acceptée, d'une manière irrévocable, par le créancier, soit judiciairement, soit volontairement, tout est fini!

La dette, avec ses accessoires, est, en effet, irrévocablement éteinte, de manière à ne pouvoir plus revivre, même par le consentement mutuel des deux parties, et de l'ancien débiteur et de l'ancien créancier.

Cette conséquence, qui résultait déjà implicitement des articles précédents et des principes sur lesquels ils

reposent, est elle-même formulée expressément par l'article 1263, en ces termes :

« Le créancier, qui a consenti que le débiteur retirât « sa consignation, après qu'elle a été déclarée valable par « un jugement, qui a acquis force de chose jugée, ne peut « plus, pour le payement de sa créance, exercer les privi- « léges ou hypothèques qui y étaient attachés ; il n'a plus « d'hypothèque que du jour où l'acte, par lequel il a « consenti que la consignation fût retirée, aura été revêtu « des formes requises pour emporter hypothèque. »

C'est que, en effet, cette nouvelle convention ne peut alors donner naissance qu'à une dette entièrement nouvelle, pour sûreté de laquelle il est impossible de ressusciter, au préjudice des tiers, les garanties accessoires de l'ancienne dette.

Les co-débiteurs et les cautions y demeurent donc étrangers, à moins qu'ils ne consentent eux-mêmes à y accéder par un nouvel engagement (arg. de l'art. 1281).

Le privilége, qui était attaché à la dette ancienne, est irréparablement éteint avec elle ; et la dette nouvelle ne peut être munie d'un privilége qu'autant que sa propre qualité le comporte (art. 2095).

Enfin, les hypothèques de l'ancienne dette étant aussi éteintes, la dette nouvelle ne peut être garantie de cette manière, qu'autant qu'une hypothèque, en effet nouvelle, sera consentie par le débiteur ; et il est évident que cette hypothèque ne pourrait plus être consentie par lui sur les immeubles, qui se trouveraient actuellement dans les mains d'un tiers-détenteur ; de même qu'elle n'aurait de rang qu'à compter du jour de l'inscription sur les immeubles, qui lui appartiendraient encore.

158. — L'article 1263 dispose que le créancier.... *n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée, aura été revêtu des formes requises pour emporter hypothèque.*

Cette formule semblerait se référer à l'ancien régime

hypothécaire, sous l'empire duquel une hypothèque générale résultait de la seule forme des actes notariés.

S'il en était ainsi, elle ne serait plus d'accord avec le nouveau régime hypothécaire, qui n'attache pas une hypothèque à la seule forme authentique des actes, et qui exige, lorsque les parties veulent en constituer une, qu'elle y soit expressément stipulée (comp., art. 2117, 2129).

B.

DU CAS OU LA DETTE A POUR OBJET UN CORPS CERTAIN.

159. — Exposition. Division.
160. — *a*. — Du cas où le corps certain, qui fait l'objet de l'obligation, est livrable dans le lieu où il se trouve.
161. — Suite.
162. — Suite.
163. — Suite.
164. — Suite.
165. — Suite.
166. — Suite.
167. — Suite.
168. — Suite.
169. — *b*. — Du cas où le corps certain, qui fait l'objet de l'obligation, est livrable non pas dans le lieu où il se trouve, mais dans un autre lieu, qui n'est pas celui du domicile du créancier.
170. — *c*. — Du cas où le corps certain, qui fait l'objet de l'obligation, est livrable dans un autre lieu, qui est celui du domicile du créancier.
171. — Comment faudrait-il procéder, si la dette était alternative? — Exemple.
172. — Du cas où la dette a pour objet, non pas un meuble, mais un immeuble.

159. — La dette a pour objet, non plus une somme d'argent, mais un corps certain, ce cheval, ou ces tonnes de vin, ou ces pièces de bois, que je vous ai vendues, après que vous les avez agréées individuellement.

Quel est, pour le débiteur, le moyen de se libérer, si le créancier refuse de prendre livraison?

Trois cas peuvent se présenter :

a. Le corps certain est livrable dans le lieu où il se trouve;

b. Il est livrable dans un autre lieu, qui n'est pas celui du domicile du créancier;

c. Il est livrable dans le lieu du domicile du créancier.

Le premier cas est le seul, que le législateur du Code ait expressément prévu, à l'exemple de Pothier, auquel il a emprunté ce passage, et qui ne s'était, en effet, aussi occupé que de ce cas (n° 577).

Mais il sera facile de résoudre les deux autres, à l'aide de la disposition même de la loi, qui résout le premier.

160. — *a*. L'article 1264 est ainsi conçu :

« Si la chose due est un corps certain, qui doit être « livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire som- « mation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa « personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour « l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le « créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait « besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci pourra « obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt « dans quelque autre lieu. »

C'est, comme on voit, le cas prévu par l'article 1245.

Eh bien ! deux formalités sont donc alors à remplir :

L'une, la sommation, est nécessaire; le débiteur *doit*.... dit le texte ;

L'autre, le dépôt, avec permission de justice, dans un autre lieu, est facultative; le débiteur *pourra*.... dit aussi le texte.

161. — La sommation n'a évidemment pour but que de mettre le créancier en demeure d'exécuter la convention, et de prendre livraison de la chose, qui en fait l'objet.

M. Larombière en conclut qu'elle peut être remplacée par tout autre acte équivalent, qui constaterait aussi régulièrement la demeure du débiteur, tel qu'une citation en conciliation, ou un ajournement en justice, sans sommation préalable (t. III, art. 1264, n° 2).

Tel est également notre avis, en ajoutant toutefois, avec le savant auteur, que, à procéder ainsi, en dehors de la forme indiquée par la loi, le débiteur s'expose à ce que les frais, qu'il ferait au delà de ceux que la sommation aurait coûtés, soient mis à sa charge.

Ce qui devrait arriver, en effet, si le créancier, aussitôt après la citation en justice, et sans aucune difficulté antérieure, prenait livraison de la chose.

Du moins, appartiendrait-il aux juges d'apprécier, en cas pareil, la conduite de l'un et de l'autre, pour statuer sur la question des frais (Arg. de l'art. 1382).

162. — Cette sommation étant nécessaire pour que le créancier soit considéré comme en demeure, il s'ensuit que, tant qu'elle n'a pas été faite, le débiteur ne serait fondé à réclamer du créancier *ni frais de magasinage, ni indemnité pour déchet ou détérioration de la marchandise, qu'il devait livrer.* (Comp. Cass., 26 fév. 1872, D'Erneville, Dev., 1872, I, 64.)

163. — Quant au dépôt de la chose dans quelque autre lieu, si le créancier, après la sommation, ne l'enlève pas, il est, disons-nous, facultatif.

Le débiteur, porte l'article 1264, *pourra* obtenir de la justice la permission de la déposer dans quelque autre lieu.

L'article ajoute : *et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée ;*

Comme Pothier, en effet, ajoutait : *s'il a besoin des cénacles, que cette chose occupe* (n° 577).

M. Larombière remarque que cette expression : *besoin*, ne doit pas être prise au pied de la lettre, et qu'elle signifie seulement que *le débiteur doit avoir un intérêt juridiquement appréciable*, quel qu'il soit, à se libérer par la consignation de la chose (t. III, art. 1264, n° 6).

Nous le croyons ainsi, et que cette expression est énonciative plutôt que conditionnelle.

L'affirmation du débiteur qu'il a besoin du lieu dans lequel la chose est placée, sera donc généralement déci-

sive; d'autant plus qu'il serait toujours difficile de vérifier un fait de ce genre !

Il faudrait des circonstances toutes particulières pour que les juges décidassent que le débiteur, n'ayant aucun besoin de ce lieu, doit y laisser la chose.

Après tout, c'est la faute du créancier de ne pas venir en prendre délivrance !

164. — Qu'une instance judiciaire engagée contradictoirement avec le créancier, ne soit pas nécessaire à cet effet, cela est d'évidence !

C'est, d'après l'article 1264, une *permission*, que le débiteur doit obtenir de la justice.

Ce mot prouve bien qu'il suffit au débiteur de présenter une simple requête.

A qui? à quel magistrat?

Au président du Tribunal civil ou au président du Tribunal de commerce, ou au juge de paix, suivant que l'une ou l'autre de ces juridictions serait compétente quant à la demande en délivrance.

Si la permission était demandée incidemment à une instance, (elle pourrait être demandée en tout état de cause), le débiteur devrait alors l'obtenir contradictoirement avec le créancier, du juge saisi de la contestation.

165. — Mais voici que le débiteur a un besoin urgent et immédiat du lieu où la chose se trouve placée.

Nous pensons qu'il pourrait, en cas pareil, faire le dépôt dans un autre lieu, et demander *après*, la permission qu'il n'aurait pas pu demander *avant*, non pas de l'y transporter, puisqu'elle y est, mais de l'y laisser.

Que le débiteur, toutefois, y prenne garde !

Il serait, en effet, exposé à payer les frais de ce premier transport, si la justice n'approuvait pas le lieu du dépôt qu'il aurait choisi et en indiquait un autre.

Le mieux est donc, autant que possible, d'obtenir d'abord la permission du juge.

166. — L'article 1264 n'exige pas que le créancier soit appelé, lors du dépôt, par une sommation contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où il sera fait, et que, en cas de non-comparution de sa part, le dépôt lui soit notifié avec sommation de retirer la chose déposée.

Mais il nous semble que ces deux formalités, que l'article 1259, 1° et 4°, exige pour *la consignation*, devraient être, par analogie, accomplies également *pour le dépôt.*

Les motifs sont, en effet, dans l'un et dans l'autre cas, les mêmes.

167. — Est-il besoin de dire que les frais du transport de la chose au lieu de dépôt, comme ceux de *logement* et de *garde* de cette chose, doivent être à la charge du créancier qui les a rendus nécessaires par sa faute! (Art. 1260, 1382; comp. *supra*, n° 128.)

168. — Telles sont les formalités que le débiteur doit remplir, lorsque la dette a pour objet un corps certain.

On voit qu'elles diffèrent, sous un double rapport, des formalités qu'il doit remplir, lorsque la dette a pour objet une somme d'argent :

D'une part, il n'y a pas alors d'offres réelles; la sommation faite au créancier d'enlever la chose, *tient lieu d'offre de payement*, disait Pothier (n° 577);

D'autre part, le *dépôt,* qui est la *consignation*, doit être autorisé par une permission de justice.

Pourquoi n'y a-t-il pas d'offres réelles?

Par deux motifs :

1° D'abord, c'est que les offres réelles, quand il s'agit d'une somme d'argent, sont exigées par la loi afin que l'on ait la certitude que l'offre est sérieuse, et que le débiteur est en état de payer ce qu'il offre;

Or, cette certitude, on l'a, bien entendu, indépendamment des offres réelles, quand la dette a pour objet un corps certain et déterminé.

2° C'est aussi sans doute parce que le transport d'un

corps certain au domicile du créancier, c'est-à-dire dans un lieu fort éloigné peut-être, aurait offert des inconvénients et des difficultés, que ne présente pas, du moins à beaucoup près au même degré, le transport d'une somme d'argent.

Que serait-ce surtout, dans le cas que l'article 1264 suppose, où le corps certain doit être livré dans le lieu où il se trouve! de sorte que le transport au domicile du créancier pourrait être, en même temps que dispendieux, inutile et parfois nuisible aux intérêts du créancier lui-même!

Et pourquoi le dépôt, à la différence de la consignation, doit-il être autorisé?

En voici, croyons-nous, le motif :

Lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, le débiteur a intérêt à se libérer sans retard, par la consignation, afin de ne pas courir les risques de dépréciation, de perte ou de vol des espèces qu'il veut payer à son créancier, et qui demeurent, en effet, à ses risques, tant qu'il les garde;

Tandis que, lorsqu'il s'agit d'un corps certain, les détériorations ou la perte par cas fortuit étant, dès avant même le dépôt, aux risques du créancier, le dépôt n'offre généralement aucun caractère d'urgence (Art. 1245, 1302).

169. — *b*. Il se peut que le corps certain, qui fait l'objet de l'obligation, soit livrable, non pas dans le lieu où il se trouve, mais dans un autre lieu, qui n'est pas celui du domicile du créancier. (*Supra*, n° 159.)

Le débiteur n'est pas alors tout à fait dans les termes de l'article 1264.

Mais rien n'est plus facile, pour lui, que de s'y placer.

Qu'il commence par transporter (à ses frais, bien entendu), la chose dans le lieu où elle doit être livrée.

Et il sera, dans les termes mêmes de l'article 1264, auquel il n'aura plus qu'à se conformer.

Telle est, en effet, la marche à suivre. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 194; Larombière, t. III, art. 1264, n° 1.)

170. — *c.* Enfin, supposons que la chose est livrable, non pas dans le lieu où elle se trouve, mais dans un autre lieu, qui est celui du domicile du créancier (*supra*, n° 159).

Le débiteur donc l'apporte au domicile du créancier.

Mais celui ci refuse de la recevoir; ou, il ne s'y trouve personne!

Que doit faire le débiteur?

Rien de plus simple!

Il doit obtenir de la justice, la permission de la déposer dans un autre lieu.

Il peut même, si les circonstances l'exigent, faire de suite ce dépôt, avant la permission, sauf à l'obtenir ensuite, en justifiant, dans l'un ou dans l'autre cas, l'impossibilité où il s'est trouvé, de remettre la chose au créancier, par suite du refus ou de l'absence de celui-ci. (Comp. *supra*. n° 165; Marcadé; art. 1264, n° 11.)

171. — Comment faudrait-il procéder dans le cas prévu par l'art. 1264, si la dette était alternative?

Je vous dois mon cheval A ou mon cheval B.

Et vous ne venez prendre livraison ni de l'un, ni de l'autre.

Il n'y aura pas de difficulté, si le choix appartient au débiteur; il choisira, en effet, celle des deux choses qu'il voudra donner en payement à son créancier; et, il se conformera, pour cette chose, à la disposition de l'article 1264.

Mais le choix appartient au créancier?

Eh bien! alors, le débiteur aurait à sommer le créancier de choisir et d'enlever.

Et, en cas de refus de sa part, il devrait l'assigner en justice, afin de faire ordonner que le choix, faute par lui de l'avoir fait, sera fait, en son lieu et place, soit par le

juge, soit par telle personne qui en sera chargée, et que, la chose ainsi choisie, sera déposée dans tel lieu.

Il faut, en effet, que le débiteur puisse obtenir sa libération.

Il le faut dans tous les cas! (Comp. Marcadé, art. 1264, n° 11; Larombière, t. III, art. 1264, n° 1.)

172. — L'article 1264, dans ses termes même, ne s'applique qu'aux meubles, aux choses mobilières.

C'est que, en effet, cette hypothèse du payement forcé, que nous examinons, ne se présente guère, dans la pratique, que pour les dettes mobilières.

Mais, pourtant, il peut arriver aussi que le débiteur d'un immeuble veuille se libérer.

Comment le pourra-t-il, si le créancier (ou plutôt le propriétaire) en refuse la tradition ou est absent?

Il est évident que tout débiteur à le droit de s'affranchir de son obligation, en l'acquittant.

C'est là un principe général, dont les articles 1257 et suivants ne sont que l'application.

Celui qui doit un immeuble, peut donc l'invoquer, tout aussi bien que celui qui doit un meuble.

En conséquence, le débiteur d'un immeuble peut obtenir de la justice, le séquestre de cet immeuble, à l'encontre du créancier, qui refuse d'en recevoir la tradition. (Art. 1961; comp. Larombière, t. III, art. 1264, n° 8.)

C.

DU CAS OU LA DETTE A POUR OBJET DES CHOSES INDÉTERMINÉES.

SOMMAIRE.

173. — Exposition.

174. — D'après un premier système, les articles 1257 et suivants sont applicables à toutes les dettes, autres que celles, qui ont pour objet un corps certain.

175. — D'après un second système, les articles 1257 et suivants ne sont applicables qu'aux dettes, qui ont pour objet une somme d'argent;

et c'est l'article 1264, qu'il faut, par analogie, appliquer aux dettes, qui ont pour objet des choses indéterminées.
176. — Appréciation. — Conclusion.

173. — La dette a pour objet une chose, qui n'est déterminée que par son espèce: tant de mesures de blé, tant de chevaux, tant de barriques de vin, etc., sans aucune détermination individuelle.

C'est le cas prévu par l'article 1246.

Le créancier refuse d'en prendre livraison ; ou, par tout autre motif, il ne se présente pas.

De quelle manière le débiteur doit-il procéder pour arriver, par un payement forcé, à sa libération?

Faut-il suivre la procédure tracée par les articles 1257 et suivants, c'est-à-dire celle que nous avons déclarée applicable aux dettes, qui ont pour objet une somme d'argent?

Faut-il, au contraire, suivre la procédure tracée par l'article 1264, relativement aux dettes qui ont pour objet un corps certain?

La question est très-controversée dans la doctrine.

174. — D'éminents auteurs tiennent pour le premier parti.

Et, pour démontrer que les articles 1257 et suivants sont applicables à toutes les dettes, même de choses indéterminées, autres que celles qui ont pour objet un corps certain, ils invoquent les textes de la loi et les motifs sur lesquels ces textes reposent :

1° D'abord, dit-on, les textes, dans leur généralité, sont formels en ce sens.

Aux termes de l'article 1257 du Code Napoléon, lorsque le créancier refuse d'accepter les offres réelles, le débiteur peut consigner *la somme ou la chose offerte*. (Ajout. art. 1259, n° 2.)

De même, aux termes de l'article 812 du Code de procédure :

« Tout procès-verbal d'offres désignera l'*objet offert*, de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre; et *si ce sont des espèces*, il en contiendra l'énumération et la qualité. »

Aussi, les articles suivants, 814 et 816, emploient-ils, en effet, cumulativement, ces deux mots : *la somme ou la chose offerte*.

Donc, il résulte des textes mêmes de la loi, que la procédure des offres réelles, qui est applicable aux *dettes de sommes* ou *d'espèces*, est également applicable aux dettes de tout autre *objet* ou de tout autre *chose*.

2° On oppose l'article 1264!

Mais ni le texte ni le motif de cet article ne sont applicables à l'hypothèse, qui nous occupe.

Le texte! il a seulement en vue la dette *d'un corps certain*, c'est-à-dire, le cas qui est prévu par l'article 1245;

Or, dans notre hypothèse, il s'agit de la dette d'une chose, qui n'est déterminée que par son espèce, c'est-à-dire du cas tout à fait différent, qui est prévu par l'article 1246.

Et, quant au motif, sur lequel l'article 1264 est fondé, il n'est pas moins inapplicable que son texte à ce dernier cas.

Pourquoi cette disposition spéciale et exceptionnelle de l'article 1264?

C'est parce que, précisément, la dette ayant pour objet un corps certain, ce corps-là même individuellement, déterminément, la nécessité des offres réelles n'existe pas; on sait bien alors, en effet, quelle est la chose, que le débiteur veut payer, et qu'il a, bien réellement, cette chose en sa possession!

Or, ce motif est tout à fait inapplicable aux dettes de quantités indéterminées.

Le débiteur a-t-il bien, en effet, ces choses? est-en mesure de les payer?

Rien ne le prouve!

Qu'il les montre donc! qu'il les exhibe! qu'il les offre, en un mot, *réellement*, à son créancier, c'est le seul moyen de s'en assurer.

3° Et quand on objecte encore à cette doctrine que le débiteur de choses indéterminées, en faisant au créancier une sommation de venir les enlever, avec déclaration qu'il est prêt à lui en faire la délivrance, quand on lui objecte que le débiteur détermine ainsi l'objet de sa dette, et qu'il en fait un corps certain, auquel l'article 1264 devient applicable;

Ses partisans se récrient! et ils déclarent que cette transformation ne saurait s'opérer par le seul fait du débiteur, sans le concours du créancier. Comment! la dette avait pour objet des choses, qui n'étaient déterminées que par leur espèce; de sorte que, en cet état, la détérioration, la dépréciation ou la perte étaient aux risques du débiteur;

Et le débiteur pourrait reporter tous ces risques sur le créancier, par une simple sommation, sans que le créancier eût agréé ni même seulement vu ces prétendues choses, que le débiteur aurait déclaré, plus ou moins sincèrement, mettre à sa disposition!

Il n'en saurait être ainsi.

4° Mais alors il faudra donc transporter toutes ces choses au domicile du créancier;

Des choses pesantes, encombrantes; 50 chevaux; 100 barriques de vin; 200 mesures de blé;

Les transports au loin, de Cherbourg peut-être, où elles se trouvent, à Lyon, à Marseille;

Qui sait? pour les retransporter peut-être ensuite à Cherbourg, où elles sont livrables, et où le créancier lui-même en a besoin et doit les employer?

Eh bien! oui, il le faudra!

C'est là uniquement, dit l'un des partisans les plus autorisés de ce système, une question de frais. Les mar-

chandises les plus lourdes, les animaux les plus délicats voyagent très-fréquemment ; et d'ailleurs le débiteur pourra éviter les frais de transport, en achetant les objets offerts dans le voisinage du lieu où se font les offres, au lieu de les faire transporter, de son domicile au domicile du créancier (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 208 *bis*, III; Mourlon, *Répét. écrit*, t. II. p. 729).

175. — Ces arguments, si sérieux qu'ils puissent paraître, n'ont pourtant pas rallié la majorité des suffrages.

Et l'opinion la plus accréditée est certainement celle qui décide qu'il faut appliquer, dans ce cas, non point les articles 1257 et suivants, mais l'article 1264 :

1° La raison même, dit-on, commande d'abord cette solution.

Comment exiger, en effet, que le débiteur fasse transporter à 100 ou 200 lieues, jusques au domicile du créancier, qui peut bien n'être pas le lieu du payement, une masse énorme de denrées, les cent pièces de vin, par exemple, qu'il doit livrer ! une telle règle peut se comprendre pour les choses d'un transport facile ; mais on ne saurait admettre que le législateur ait eu la pensée de l'établir pour toutes les choses indistinctement !

2° Aussi, la combinaison des articles de cette section témoigne-t-elle, de sa part, une pensée toute contraire !

Il est vrai que l'article 1257 commence par déclarer que, après le refus des offres réelles par le créancier, le débiteur doit consigner *la somme ou la chose offerte*.

Mais les articles suivants, qui se lient intimement à cet article et qui n'en sont que le développement, démontrent que, malgré cette formule, il n'a en vue que les dettes de sommes d'argent.

C'est ainsi que l'article 1258, qui règle les offres réelles, dispose qu'elles doivent être *de la totalité de la somme et des arrérages ou intérêts*.

De même, l'article 1259, qui règle la consignation,

dispose d'abord qu'elle doit être faite *dans le dépôt indiqué par la loi pour les consignations ;* or, il n'y a jamais eu de dépôt indiqué par la loi que pour les sommes d'argent.

Aussi, l'article ajoute-t-il que la somme due doit être consignée avec *les intérêts jusqu'au jour du dépôt.*

Ce qui achève de démontrer qu'il ne s'agit, dans ces articles, que des dettes de sommes d'argent.

3° Cette démonstration enfin est complétée par l'article 1264.

La disposition de cet article n'est pas, en effet, fondée seulement sur ce motif que les offres réelles ne sont pas nécessaires pour prouver que le débiteur est vraiment en mesure de se libérer, quand la dette a pour objet un corps certain.

Le législateur, en l'édictant, a été frappé aussi des inconvénients considérables, des difficultés et même parfois des impossibilités, qui s'opposeraient au transport des choses dues dans le lieu, très-éloigné peut-être, du domicile du créancier.

Or, ces inconvénients, ces difficultés, ces impossibilités sont les mêmes, soit que la dette ait pour objet une chose certaine, soit qu'elle ait pour objet des choses indéterminées.

Le débiteur devra donc, dans la sommation, qu'il fera au créancier, d'avoir à prendre livraison des choses, qu'il lui offre, individualiser ces choses par des indications aussi précises et aussi détaillées qu'il lui sera possible ; de manière, en effet, à les déterminer et à les spécialiser.

Et, dès ce moment, les risques seront à la charge du créancier.

Le créancier se récrie :

Vous ne pouvez pas, sans mon concours, déterminer et spécialiser ces choses !

Eh bien ! donc, prêtez-moi votre concours ! répondez

à ma sommation, et venez! (comp. Pothier, *Introduct. au Tit. XVIII de la Cout. d'Orléans*, n° 44).

Mais si vous ne répondez pas, si vous ne venez pas, ne l'imputez qu'à vous-même! (Comp. Toullier, t. IV, n° 212; Duranton, t. XII, n° 221; Marcadé, art. 1257, n° 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 196; Larombière, t. III, art. 1254, n° 10 et art. 1264, n° 1.)

176. — Entre les deux opinions, qui précèdent, laquelle est la plus juridique?

A considérer les textes mêmes, il faut, croyons-nous, répondre que c'est la première, celle qui décide que les articles 1257 et suivants sont applicables à toutes les dettes, quel qu'en soit l'objet, sommes d'argent ou choses indéterminées, et que l'article 1264 ne concerne que la dette qui a pour objet un corps certain.

Pour n'en citer qu'un seul, l'article 812 semble, en effet, très-formel :

« Tout procès-verbal d'offres désignera *l'objet offert*, « de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre; et « *si ce sont des espèces*, il en contiendra l'énumération et « la qualité. »

L'objet offert... ce mot est explicite.

Il faut l'effacer! s'écrie Marcadé (art. 1257, n° 11.)

Le procédé est un peu vif; et c'est pourquoi nous disons qu'au point de vue des articles de la loi, il nous paraît difficile de ne pas reconnaître que l'avantage appartient à la première des deux opinions, que nous avons exposées (*supra*, n° 174).

Et pourtant, nous ne sommes pas surpris de voir le plus grand nombre des jurisconsultes se rallier à la seconde.

Les textes eux-mêmes, il faut bien l'avouer, n'offrent pas une concordance parfaite; et ce n'est pas sans raison que les partisans de la doctrine contraire ont remarqué que la plupart semblent ne se rapporter qu'au cas où la dette a pour objet une somme d'argent.

Les orateurs du gouvernement ne semblent-ils pas aussi accréditer cette doctrine ?

Comment M. Bigot-Préameneu s'exprime-t-il, lorsqu'il explique les motifs de l'article 1264 :

« *Si la chose due n'est pas une somme d'argent,* dit-il, et que ce soit un corps certain, qui..... »

Et de même M. Jaubert :

« ... Il fallait une disposition particulière pour les cas où l'obligation consiste, *non à donner une somme d'argent,* mais à livrer un *corps certain.* » (Fenet, t. XIII, p. 274 et 354.)

D'où il semble, en effet, que l'on soit autorisé à conclure que l'article 1264 est applicable *dans tous les cas où l'obligation ne consiste pas à donner une somme d'argent.*

C'est que, en effet, les jurisconsultes, qui enseignent cette doctrine, sont bien forts, lorsqu'ils représentent les embarras, et les frais, et les lenteurs, qui vont résulter du transport des choses indéterminées, qui font l'objet de l'obligation, si ces choses surtout sont lourdes, encombrantes, et si la distance est considérable entre le lieu où elle sont livrables et le lieu du domicile du créancier.

Mourlon, l'un des partisans de cette doctrine, convient lui-même que *cela est absurde !* (T. II, p. 730.)

Faut-il s'étonner, après un tel aveu, du succès de la doctrine contraire ?

D.

DU CAS OU LA DETTE A POUR OBJET UN FAIT OU UNE ABSTENTION.

SOMMAIRE.

177. — Exposition.
178. — Suite.
179. — Suite.
180. — Suite.
181. — Suite.

177. — Il est évident que les articles 1257 et sui-

vants n'ont en vue que les obligations, qui consistent à donner ou à livrer une chose (art. 1136 et suiv.).

Cette procédure des offres réelles et de la consignation est, en effet, de tous points, inapplicable aux obligations, qui consistent à faire ou à ne pas faire (art. 1142 et suiv.).

178. — Mais, pourtant, il faut bien aussi que le débiteur de ces sortes d'obligations ait un moyen d'obtenir sa libération, à l'encontre du créancier, qui s'y refuse.

Quel est ce moyen?

Le législateur ne l'a pas expressément déterminé.

Il ne s'est occupé que de l'hypothèse inverse, de celle qui est, en effet, la plus fréquente, où c'est le débiteur qui refuse d'exécuter l'obligation.

Nous avons vu que, aux termes de l'article 1142 :

« Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout « en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part « du débiteur. »

Mais voici le contraire, qui arrive!

Le débiteur veut exécuter l'obligation; et c'est le créancier qui refuse!

La question doit être alors résolue d'après les principes généraux et les analogies, que nous pourrons déduire des dispositions de la loi sur les cas, qu'elle a prévus.

179. — Les offres réelles, dans le sens technique du mot, n'étant pas praticables, elles doivent être, dans tous les cas, remplacées par une sommation que le débiteur adressera au créancier, à fin d'exécution de l'obligation qu'il a contractée envers lui.

La sommation indiquera, autant que possible, le jour, l'heure et le lieu où le débiteur offre de l'exécuter.

Après quoi, l'obligation, sans doute, ne sera pas considérée comme remplie; car, en cas pareil, ainsi qu'on l'a bien dit, l'intention ne saurait être réputée pour le fait.

Mais, du moins, le débiteur sera-t-il déchargé de toutes les conséquences de la mise en demeure ; et les frais de poursuite, que le créancier pourrait faire, devront, en général, être supportés par lui.

180. — L'obligation consiste-t-elle à faire quelque chose?

Pas de difficulté, si l'exécution de ce fait n'exige pas le concours actif du créancier ; le débiteur l'exécutera seul.

Si, au contraire, le concours du créancier y est nécessaire, le débiteur, en cas de non-comparution de sa part après la sommation, n'aura plus qu'à l'assigner en justice, afin de le faire condamner à recevoir l'exécution de l'obligation, ou afin d'obtenir, s'il y a lieu, la résiliation du contrat, avec dommages-intérêts dans l'un et dans l'autre cas.

181. — Lorsque l'obligation consiste à ne pas faire, il semble que le débiteur, pour l'exécuter, n'ait, en effet, qu'à ne rien faire et à se tenir tranquille.

Il est vrai !

Mais pourtant, dans ce cas même, il se peut que le débiteur ait intérêt à provoquer le créancier à l'exécution effective de l'obligation.

Je vous ai concédé un droit de passage sur mon fonds, sur mon jardin ou sur ma cour, à la charge par vous, comme c'est le droit commun, de faire les travaux nécessaires pour l'exercice de cette servitude, après que nous aurons déterminé ensemble le parcours du chemin, que vous aurez à suivre.

Il m'importe alors de ne pas rester dans l'attente et l'incertitude; je puis avoir, en effet, moi-même à prendre des dispositions, qui seraient surbordonnées au tracé et à l'achèvement de votre chemin.

Je pourrai donc employer aussi, dans ce cas, le même moyen que nous venons d'indiquer, pour obtenir soit l'exécution, soit la résolution du contrat.

V.

DE LA CESSION DE BIENS.

SOMMAIRE.

182. — Exposition.
183. — La cession de biens est volontaire ou judiciaire.
184. — Caractère général de la cession de biens.
185. — Suite.

182. — L'article 1265 est ainsi concu :

« La cession de biens est l'abandon, qu'un débiteur « fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se « trouve hors d'état de payer ses dettes. »

Puisque la cession de biens met en scène une un débiteur, *qui se trouve hors d'état de payer ses dettes*, elle n'est donc pas un *payement!*

Pourquoi, dès lors, les rédacteurs du Code s'en sont-ils occupés à cette place? n'auraient-ils pas été plus méthodiques, en suivant l'exemple de Pothier, qui a posé les règles de la cession de biens, non pas dans son *Traité des Obligations*, mais dans son *Introduction au titre XVIII de la Coutume d'Orléans*, où il s'occupe *de la Procédure*. (Chapitre III, n°s 122 et suiv.)

Telle est, en effet, l'objection que plusieurs jurisconsultes présentent; et ils ajoutent que, la cession de biens ayant été introduite surtout afin de fournir au débiteur le moyen de se soustraire à la contrainte par corps, c'est au titre, qui est consacré, dans le Code Napoléon, à la contrainte par corps, que cette matière aurait dû être reportée, ou mieux encore, peut-être, dans le Code de Procédure, au titre qui est aussi consacré à la cession de biens (2e partie, liv. I, tit XII, art 898 et suiv.)

Nous croyons, toutefois, qu'il est possible d'expliquer convenablement cette méthode du législateur nouveau.

Que la cession de biens se rattache aux modes d'extinction des obligations, cela est d'évidence!

Elle tend, en effet, par le procédé particulier dans lequel elle consiste, à la libération, sinon totale, du moins partielle du débiteur; en fournissant aux créanciers le moyen de se payer, sur le prix de ses biens, avec des formes plus expéditives et moins dispendieuses.

Très-souvent même aussi, elle s'accomplit au moyen d'une dation en payement, c'est-à-dire d'un certain mode d'extinction de l'obligation, qui rentre dans les termes même de l'article 1243, où le législateur s'en occupe, en effet, dans la section du Payement.

183. — Aux termes de l'art. 1266 :

« La cession de biens est volontaire ou judiciaire. »

Nous allons exposer successivement les règles, qui gouvernent l'une et l'autre.

184. — Mais nous ferons d'abord une observation générale, qui leur est commune.

C'est que le mot : cession, dans la matière spéciale, où nous entrons, n'est pas, bien entendu, synonyme du mot : vente ou transport !

La cession de biens, comme nous l'allons voir, n'est pas, de sa nature, translative de propriété.

C'est, pour employer la très-juste définition, que la loi du 22 frimaire an VII en a fournie, *un abandonnement de biens, volontaire ou forcé, pour être vendus en direction*. (Tit. X, § 4, 1°).

185. — Il ne faut pas non plus confondre ce contrat d'abandonnement avec le contrat d'atermoiement, par lequel les créanciers accordent des délais ou des remises à leur débiteur.

C'est surtout de l'espèce de traité, que l'on appelle *concordat* en matière commerciale, qu'il est essentiel de distinguer le contrat d'abandonnement.

Les règles exceptionnelles, qui gouvernent le concordat, ne sauraient être, en effet, étendues à la cession de biens.

Pas plus qu'elles ne peuvent être étendues à tout autre

contrat d'atermoiement, en matière civile, lorsqu'il s'agit d'un débiteur non commerçant, tombé en déconfiture (Comp. *infra*, n° 195; Paris, 14 mai 1812, Sirey, 1812, II, 239; Merlin, Répert., v° *Atermoiement;* Toullier, t. IV, n° 240; Duranton, t. XII, n° 243; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 50; Sebire et Carteret, Encyclopédie du droit, v° *Cession de biens,* n° 15).

A.

DE LA CESSION DE BIENS VOLONTAIRE.

SOMMAIRE.

186. — Exposition.
187. — Division.
188. — I. Quels débiteurs peuvent être admis à la cession de biens volontaire.
189. — Suite.
190. — Suite.
191. — II. Quelles sont les formalités de la cession de biens volontaire.
192. — III. Quels en sont les effets. — Division.
193. — *a.* — Des effets de la cession de biens volontaire, dans les rapports du débiteur avec ses créanciers.
194. — Suite.
194 *bis.* — Suite.
195. — Suite.
196. — Suite.
197. — Suite.
198. — Suite.
199. — Suite.
200. — Suite.
201. — Suite.
202. — Suite.
203. — Suite.
204. — Suite.
205. — *b.* — Des effets de la cession de biens volontaire, dans les rapports des créanciers les uns envers les autres. — Explication.
206. — 1° Les dettes non échues deviennent exigibles.
207. — 2° Les fruits des immeubles sont immobilisés, à partir de la cession.
208. — 3° Les articles 552 à 556 du Code de commerce, qui règlent, en cas de faillite, les droits des créanciers hypothécaires et privilégiés sur les immeubles, sont applicables en cas de cession de biens.
209. — 4° Les créanciers hypothécaires ne sont plus tenus de renouveler leurs inscriptions dans le délai déterminé par l'article 2154.

210. — 5° Les créanciers, qui n'avaient pas requis une inscription avant, ne peuvent plus en requérir après.
211. — Observation générale.

186. — L'article 1267 s'exprime ainsi :

« La cession de biens volontaire est celle, que les créan- « ciers acceptent volontairement, et qui n'a d'effet que « celui résultant des stipulations mêmes du contrat « passé entre eux et le débiteur. »

Ainsi, la cession de biens volontaire n'est, finalement, autre chose qu'un contrat ordinaire entre les créanciers, qui l'acceptent, et le débiteur.

Un contrat ordinaire, disons-nous;

Tout à fait libre par conséquent, et *volontaire* (c'est son nom propre), qui dépend, en effet, de la volonté commune des parties contractantes, et auquel il faut appliquer purement et simplement les articles 1134 et 1135 sur l'interprétation des conventions.

187. — Le principe est très-net.

Et nous pourrons facilement déduire les conséquences, qui en résultent, quant aux trois points suivants; savoir :

I. Quels débiteurs peuvent être admis à la cession de biens volontaire;

II. Quelles en sont les formalités;

III. Quels en sont les effets.

188. — I. Quels débiteurs peuvent être admis à la cession de biens volontaire?

Tous les débiteurs, que leurs créanciers veulent bien y admettre;

Même ceux, qui ne seraient ni malheureux ni de bonne foi, ou qui auraient été condamnés pour cause de vol ou d'escroquerie?

Oui, sans doute!

L'article 1268 du Code Napoléon, qui n'admet que le débiteur malheureux et de bonne foi, l'article 905 du Code de Procédure, qui exclut les personnes condamnées pour cause de vol ou d'escroquerie, et d'au-

tres encore, ne s'appliquent, en effet, qu'à la cession judiciaire.

189. — C'est pourquoi il n'est pas nécessaire que le débiteur soit contraignable par corps pour être admis à la cession de biens volontaire.

Cette condition n'est exigée par l'article 1268 que pour la cession de biens judiciaire.

190. — Il faut, toutefois, excepter de notre règle le débiteur commerçant failli.

En effet, aux termes de l'article 541 du Code de commerce (révisé par la loi du 8 juin 1838) :

« Aucun débiteur commerçant n'est recevable à de-
« mander son admission au bénéfice de cession de biens.

« Néanmoins, un concordat par abandon total ou
« partiel de l'actif du failli peut être formé suivant les
« règles prescrites par la section II du présent chapitre.
« Ce concordat produit les mêmes effets que les autres
« concordats ; il est annulé ou résolu de la même ma-
« nière.

« La liquidation de l'actif abandonné est faite confor-
« mément aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 529, aux
« articles 532, 533, 534, 535 et 536, et aux paragraphes
« 1 et 2 de l'article 527.

« Le concordat par abandon est assimilé à l'union
« pour la perception des droits d'enregistrement. »

Il est vrai que ce texte, par sa formule, semble ne s'appliquer qu'à la cession de biens judiciaire.

Aucun débiteur commerçant, dit-il, *n'est recevable à demander son admission au bénéfice de cession de biens.*

Ce qui paraîtrait impliquer qu'il a seulement en vue la cession, que le débiteur peut demander, même malgré ses créanciers.

Telle est, en effet, la doctrine de M. Larombière, qui enseigne que rien ne s'oppose à ce que le débiteur commerçant fasse valablement cession de biens volontaire à

ses créanciers, qui l'acceptent, *soit qu'il y ait faillite ou non* (t. II, art. 1270, n° 1).

Mais nous croyons, au contraire, que cet article est applicable à la cession volontaire comme à la cession forcée ou judiciaire :

1° Il remplace, en effet, dans la loi nouvelle, tout un titre, que l'ancienne loi de 1808 sur les faillites, consacrait *à la cession de biens volontaire ou judiciaire* (art. 566 à 575);

Or, le nouvel article 541 est absolu ; il ne fait aucune distinction entre l'une et l'autre cession ; bien plus ! ses dispositions finales témoignent qu'il s'applique à tous les arrangements, qui peuvent intervenir entre le commerçant failli et ses créanciers.

2° Les motifs, qui ont fait introduire, en 1838, cette notable modification au Code de commerce de 1808, sont d'ailleurs applicables à la cession volontaire comme à la cession judiciaire.

« Une bonne loi sur les faillites, disent fort justement les auteurs de l'*Encyclopédie du Droit*, ne peut admettre, parallèlement au régime, qu'elle établit, la cession de biens pour le commerçant, c'est-à-dire un faux-fuyant ouvert à ceux qui voudraient l'éluder. Il faut qu'elle soit générale et qu'elle soumette tous les faillis à son empire. L'abandon de tous ses biens, fait à ses créanciers, par le débiteur commerçant et accepté volontairement par eux, ne serait autre chose que la condition du concordat. » (V° *Cession de biens*, § 1, n° 18.)

Ce n'est donc qu'autant que sa faillite n'a pas été déclarée, que le commerçant peut faire une cession volontaire à ses créanciers et que ceux-ci peuvent l'accepter. (Comp. Cass. 18 av. 1849, Pierrot, Dev. 1849,I,497.)

191. — II. Aucune formalité spéciale n'est exigée pour la cession de biens volontaire.

Le Code de Procédure, qui a établi certaines formalités, ne concerne, aux termes même de l'article 898, que *les*

débiteurs, qui seront dans le cas de réclamer la cession judiciaire accordée par l'article 1268 *du Code civil.*

Quant à la cession volontaire, c'est aussi la liberté des conventions, qui forme la règle sous le rapport de la forme.

Les parties peuvent donc, en effet, la faire sous telle forme et par tel acte, authentique ou privé, que bon leur semble.

192. — III. Quant aux effets de la cession volontaire, il convient de les examiner sous deux points de vue :

a. Dans les rapports du débiteur avec ses créanciers ;

b. Dans les rapports des créanciers les uns avec les autres.

193. — *a.* Entre le débiteur et les créanciers, la cession volontaire, dit l'article 1267, n'a d'autre effet que celui résultant des stipulations du contrat.

Elle n'est donc, ni plus ni moins, que ce qu'ils ont eux-mêmes voulu la faire.

194. — Il s'ensuit qu'elle ne s'applique qu'à ceux des biens du débiteur, que les parties contractantes ont entendu y comprendre, lorsque, en effet, elles n'ont pas entendu y comprendre tous ses biens.

Mais, pourtant, l'article 1265 définit la cession en général, l'abandon qu'un débiteur fait *de tous ses biens* à ses créanciers ! (Comp. Sebire et Carteret, *Encyclopédie du Droit*, V° *Cession de biens*, n° 21.)

Il est vrai !

Mais cette définition, qui convient à la cession judiciaire, n'est évidemment pas aussi exacte pour la cession volontaire, puisque celle-ci dépend, de tous points, de la libre volonté des parties.

194 *bis.* — Le débiteur a déclaré abandonner tous ses biens.

L'acte, qu'il a passé avec ses créanciers, ne contient pas de réserve.

Ne faut-il pas néanmoins, en excepter les objets, que

la loi déclare incessibles et insaisissables? (Art. 581, 592, n° 8, et 593, Code de procédure.)

Cette exception serait incontestable, dans la cession judiciaire. (Comp. *infra*, n° 223.)

Mais peut-elle être aussi admise, lorsqu'il s'agit de cession volontaire?

M. Larombière répond affirmativement; car le débiteur, dit-il, ne doit être réputé céder à ses créanciers que les choses affectées comme gage au payement de leurs créances. (T. III, art. 1266-1267, n° 8.)

Nous le croyons de même, et que cette solution est conforme à la commune intention des parties, loyalement et humainement interprétée. (Art. 1134, 1135.)

Le mieux toutefois, bien entendu, est d'en faire la réserve par une clause spéciale.

195. — Pareillement, la cession volontaire n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers, qui y ont donné leur consentement et qui ont été parties au contrat.

Il est vrai encore qu'il en est autrement de la cession judiciaire, qui ne peut pas être refusée par les créanciers. (Art. 1270.)

Mais précisément, au contraire, les créanciers peuvent refuser la cession volontaire.

Et, par conséquent, celle-ci est une convention, comme une autre, à laquelle il faut appliquer l'article 1165 :

« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties « contractantes; elles ne nuisent point aux tiers; et elles « ne leur profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. »

L'exception, que le législateur a faite, en matière commerciale, relativement au concordat, ne saurait être étendue en matière civile. (Comp. art. 507 et suiv. du Code de Comm.; *supra*, n° 185.)

Concluons-en que ceux des créanciers, qui n'ont pas accepté la cession volontaire, conservent individuellement tous leurs droits contre le débiteur, et qu'ils peuvent,

en conséquence, exercer sur ses biens les voies ordinaires d'exécution;

Avec le droit même, s'il y a lieu, de demander la nullité de la cession contre le débiteur et les autres créanciers, qui l'ont acceptée, s'ils prétendent qu'elle a été consentie en fraude de leurs créances. (Art. 1167; Comp. Le tome III de ce traité, n° 143.)

196. — La cession volontaire présente, suivant les cas, l'un ou l'autre de ces caractères :

Ou celui d'une dation en payement;

Ou celui d'un mandat conféré aux créanciers de vendre, en direction, les biens abandonnés.

197. — La dation en payement implique la translation aux créanciers de la propriété des biens abandonnés.

« *Dare, id est rem accipientis facere* » (Inst. *De actionibus* § 14).

C'est là, en effet, une vente, qui s'accomplit par une sorte de novation tacite. (Art. 1243; comp. le tome IV de ce Traité, n° 230).

Mais tel n'est pas le caractère ordinaire de la cession de biens, qui, par sa nature propre, ne consiste, au contraire, que dans un simple abandonnement de la possession. (Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 4, n° 1.)

Il ne faut pas, en conséquence, y reconnaître facilement le caractère d'une dation en payement.... *alienatio non præsumitur*. (Comp. Cass. 27 juin 1809, et 28 juin 1810, Sirey, 1810,I,254; Colmar, 29 févr. 1820, Sirey, 1820,II,177; Nancy, 4 avril 1829, Sirey, 1829,II,197; Duranton, t. XII, n° 244; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 50).

198. — Il en est autrement du mandat, que le débiteur confère à ses créanciers, de vendre les biens, qu'il leur abandonne.

La propriété en reste au débiteur.

C'est seulement la possession et la jouissance, que la

cession transmet aux créanciers, pour qu'ils puissent accomplir le mandat, qui leur est donné par le débiteur et qu'ils acceptent, à savoir : de procurer et de *diriger* la vente des biens, qu'il abandonne.

Et, à cette fin, ils organisent, en effet, une *direction*, comme l'appelle la loi du 22 frimaire an VII (*supra* n° 184); et ils nomment un ou plusieurs commissaires.

La vente peut être faite, alors bien entendu, sans saisie préalable, et suivant les formes plus rapides et moins dispendieuses, que les parties d'accord s'entendent d'ordinaire pour adopter.

199. — Ce mandat est irrévocable.

Car il est donné, non pas seulement dans l'intérêt du mandant, le débiteur, mais aussi dans l'intérêt des mandataires, ses créanciers... *suâ et tuâ gratiâ*. (Justinien, Inst. *De mandato, princ.*)

Aussi, forme-t-il l'une des clauses, ou plutôt la clause fondamentale du contrat, qui a été passé entr'eux ; et il ne saurait être révoqué par la seule volonté de l'une des parties. (Art. 1134, 1856).

200. — Il en résulte, dès lors, une sorte de dépossession civile du débiteur, semblable à celle que produit la saisie-immobilière, aux termes de l'article 686 du Code de Procédure.

D'où l'on peut induire également que le débiteur ne peut plus aliéner les biens abandonnés, au détriment des créanciers, auxquels il en a fait l'abandon, avec le mandat irrévocable de les vendre.

201. — Mais, pourtant, si le débiteur désintéressait intégralement ses créanciers, avant la vente des biens abandonnés?

Oh! dans ce cas, il est évident qu'il pourrait révoquer son mandat et reprendre ses biens!

Puisque les créanciers, en effet, n'auraient plus aucun intérêt, ou par conséquent aucune action! (comp.

Toullier, t. IV, n° 244; Duranton, t. XII, n° 244; Zachariæ, Aubry et Rau, T. V, p. 50).

202. — Si, après que les créanciers ont fait vendre les biens abandonnés et ont été payés de leurs créances, il reste quelque chose sur le prix, à qui appartient cet excédant?

A qui donc pourrait-il appartenir, si ce n'est au débiteur, qui était resté propriétaire des biens!

203. — Mais cette hypothèse n'est pas, en ces occurrences, la plus ordinaire.

Ce qui arrive, au contraire, presque toujours, c'est que le prix des biens abandonnés est insuffisant pour payer intégralement les créanciers.

Et le plus ordinairement en effet, ce cas est prévu par le contrat de cession.

Ou les créanciers, en acceptant la cession, qui leur est faite par le débiteur, déclarent lui faire remise de ce qui pourrait encore leur rester dû, après qu'ils auront reçu le prix de ces biens;

Ou ils lui accordent seulement des délais pour le payement du reste.

Il faut donc examiner l'acte, et rechercher s'il renferme, de la part des créanciers, expressément ou tacitement, quelque renonciation ou concession de ce genre.

204. — Mais supposons que l'acte est muet.

Il n'a pas prévu cette hypothèse.

Que faut-il décider, dans le silence des parties?

Quelques jurisconsultes enseignent que le contrat de cession emporte virtuellement, par lui-même, à défaut de réserve, la remise conventionnelle de tout ce qui resterait dû aux créanciers, en sus du prix provenant des biens abandonnés. (Comp. Duranton, t. XII, n° 243; Sebire et Carteret, *Encyclop. du droit*, v°. *Cession de biens*, n° 25.)

Mais cette doctrine, dans sa généralité, nous paraît inadmissible.

Renuntiatio non præsumitur, disent fort justement MM. Aubry et Rau. (sur Zachariæ, t. V, p. 51).

Aussi, croyons-nous qu'il faut appliquer, sous ce rapport, à la cession volontaire, la disposition de l'article 1270, qui porte *qu'elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence des biens abandonnés.*

Dans le cas donc où les biens du débiteur ont été insuffisants pour payer ses créanciers, ceux-ci peuvent, s'il lui en survient d'autres, exercer sur ces nouveaux biens, toutes les voies légitimes d'exécution. (Comp. Toullier, T. III, n° 243).

205. — *b.* Quant aux effets de la cession volontaire dans les rapports des créanciers les uns envers les autres, (*supra* n° 192), ils résultent de cette double prémisse :

D'une part, de la dépossession civile du débiteur, qui s'est démis, entre leurs mains, des biens abandonnés ;

D'autre part, de l'acceptation par eux, de cette dépossession et de cette démission, avec le mandat de faire vendre les biens abandonnés, et de s'en partager le prix, suivant les droits respectifs de chacun, au moment de la cession.

Nous disons : suivant les droits respectifs de chacun, au moment de la cession.

Il n'a pas pu être, en effet, dans l'intention des créanciers que les délais, qui vont s'écouler entre la cession et la distribution du prix, pourraient profiter aux uns et nuire aux autres !

Ces délais n'ont d'autre cause et d'autre but que la conversion en argent des biens abandonnés. Si cette conversion pouvait être faite immédiatement, et, en quelque sorte, *d'un coup de baguette,* au moment même de la cession, chacun des créanciers serait payé immédiatement, eu égard à l'état de son titre.

Eh bien ! il est logique et équitable que les délais inséparables de la vente des biens ne modifient pas leur

situation respective, et que les droits de chacun se trouvent définitivement fixés, suivant l'état de son titre, au moment de la cession.

Ajoutons que l'on prévient ainsi bien des fraudes, qui autrement seraient possibles !

Tels sont les principes qui gouvernent, en général, le régime de la faillite, comme aussi celui de la succession bénéficiaire. (comp. art. 2146 ; notre *Traité des Successions*, t. III, n°s 349 et suiv.)

Nous croyons qu'ils doivent également gouverner le régime de la cession des biens.

Et de là, il faut déduire les conséquences suivantes :

206. — 1° Les dettes non échues deviennent exigibles. (Arg. de l'art 1188 ; comp. art. 446 Code de commerce.)

207. — 2° Les fruits des immeubles abandonnés sont immobilisés, à partir de la cession, pour être distribués, comme le prix de l'immeuble lui-même, dans l'ordre, suivant le rang des hypothèques. (Arg. de l'art. 685 du Code de Procéd. ; comp. Grenoble 20 juillet 1843, Busco, Dev. 1844, II, 639 ; Cass. 30 mars 1870, Brossard, Dev. 1870, I. 287 ; Toullier, t. IV n° 239 ; Zachariæ, Aubry et Rau t. V. p. 50 ; Sebire et Carteret, Encyclop. du Droit, v° *Cession des biens* n° 16 ; Larombière, t. III, art. 1267, n° 3.)

208. — 3° Les articles 552 à 556 du Code de commerce, qui règlent, en cas de faillite, *les droits des créanciers hypothécaires et privilégiés sur les immeubles*, sont applicables, en cas de cession de biens. (Comp. Cass. 22 juin 1840, Gaillard, Dev. 1840, I. 275.)

209. — 4° Les créanciers hypothécaires ne sont plus tenus de renouveler leurs inscriptions dans le délai déterminé par l'article 2154, pour conserver leurs droits respectifs de préférence, les uns à l'encontre des autres. (Comp. Paris, 14 avril 1826, Sirey, 1827, II, 62.)

210. — 5° Bien plus ! les créanciers, qui n'avaient

pas requis une inscription, avant la cession, ne peuvent en requérir après. (Art. 2146; comp. toutefois l'article 448 du Code de Commerce.)

211. — En exprimant l'opinion que ces graves conséquences nous paraissent, en général, devoir résulter de la cession de biens volontaire, par l'effet de sa propre nature, nous ajoutons toutefois qu'il importe, en cas pareil, de consulter, avant tout, le contrat de cession, et de rechercher quelle a été, en fait, sur ces différents points, l'intention des parties, dans le cas particulier, qui se présente. (comp. *supra* n° 193)

B.

DE LA CESSION DE BIENS JUDICIAIRE.

SOMMAIRE.

212. — Exposition historique.
213. — Suite.
214. — Suite.
215 — Division.
216. — I. Quels débiteurs peuvent être admis au bénéfice de la cession de biens judiciaire?
217. — Suite.
218. — Suite.
219. — Suite.
220. — Suite.
221. — Suite.
222. — Suite.
223. — Suite.
224. — Suite.
225. — Suite.
226. — II. Quelles sont les formalités de la cession de biens judiciaire?
227. — III. Quels sont les effets de la cession de biens judiciaire?
228. — Suite.
229. — Suite.
230. — Suite.

212. — L'origine de la cession de biens judiciaire remonte au Droit romain; elle y fut introduite par la loi Julia, comme un nouvel adoucissement, après ceux que déjà les lois précédentes avaient apportés, à la dure condition des débiteurs.

Cette condition était, en effet, très-dure! l'histoire romaine retentit de leurs imprécations contre la cruauté des créanciers; et l'on sait que telle fut l'une des causes principales des séditions et des discordes civiles, qui désolèrent la République. (comp. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. V, chap. xv.)

Ce n'était pas seulement sur les biens de leurs débiteurs, que les créanciers pouvaient exercer des poursuites, mais aussi sur leurs personnes, sur leurs corps, *aut in ære, aut in cute!*

Le but de la cession de biens fut précisément d'ouvrir aux débiteurs un refuge contre cette exécution corporelle.... *ne detrahantur in carcerem!* (Comp. les Titres du Digeste: *De cessione bonorum;* du Code: *Qui bonis cedere possunt*; et la Novelle 135.)

213. — Cette institution fut admise dans notre ancien Droit français, où elle était aussi destinée à préserver les débiteurs de la contrainte par corps.

Le bénéfice, toutefois, n'en était accordé qu'aux débiteurs malheureux et de bonne foi, qui se trouvaient hors d'état de payer leurs créanciers.

Nos anciens paraissent avoir tenu particulièrement à ce que cette condition fût observée, *afin d'obvier*, disait l'ordonnance de Moulins, *aux fraudes et tromperies de plusieurs débiteurs; lesquels, pour frauder leurs créanciers, ont accoutumé de faire cession de biens par procureur....* (art. 34).

Aussi, exigeaient-ils qu'elle fût faite *en personne*, *tête nue*; et ils l'avaient entourée de formalités humiliantes, d'où résultait un pénible contraste avec la pensée d'humanité, qui offrait cet asile à la bonne foi et au malheur!

Le temps et les mœurs avaient déjà d'ailleurs, dès avant le Droit nouveau, tempéré cette rigueur.

« Anciennement, dit Pothier, on obligeait le débiteur, qui était admis au bénéfice de cession à porter le bonnet

vert, que ses créanciers lui fournissaient, à peine d'être déchu du bénéfice; cela ne se pratique plus. » (Introduct. au tit. XIX de la *Cout.* d'Orléans, n° 125; Boileau, Satire première; comp. Ordonn. de juin 1510, art. 70; Savary, *Parfait négociant*, liv. IV, chap. v; Pasquier, *Recherches sur la France*, liv. IX, chap. x.)

214. — Le législateur nouveau a aussi maintenu la cession judiciaire.

Et il l'a organisée, soit dans le Code Napoléon, à notre Titre (art. 1268 à 1270), soit dans le Code de Procédure, au titre *du Bénéfice de cession.* (art. 898 à 906.)

L'application, toutefois, en était déjà moins fréquente depuis la promulgation des Codes modernes, par la diminution du nombre des dettes, qui pouvaient emporter la contrainte par corps. (Comp. art. 2059 et suiv.; art. 126, Cod. de Procéd.)

Mais aujourd'hui, elle est devenue extrêmement rare, depuis la promulgation de la loi du 22 juillet 1867.

Article 1. : « La contrainte par corps est supprimée en matière commerciale, civile, et entre les étrangers. »

Article 2. « Elle est maintenue en matière criminelle, correctionnelle, et de simple police. »

Aussi, notre dessein ne saurait-il être de nous arrêter beaucoup sur cette matière, qui n'offre plus, de notre temps, le même intérêt, qu'elle avait autrefois.

215. — C'est donc très-rapidement que nous allons examiner, en ce qui concerne la cession judiciaire, les trois points que nous avons examinés, en ce qui concerne la cession volontaire (*supra* n° 187) :

I. — Quels débiteurs peuvent y être admis;

II. — Quelles en sont les formalités;

III. — Quels en sont les effets.

216. — I. Aux termes de l'article 1268 :

« La cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire

en justice l'abandon de tous ses biens, nonobstant toute stipulation contraire. »

La cession judiciaire n'a donc pour but comme pour résultat, que de permettre au débiteur *d'avoir la liberté de sa personne.*

Elle opère la décharge de la contrainte par corps, dit aussi l'article 1270.

D'où il suit qu'elle n'est accordée, en effet, qu'aux débiteurs qui sont contraignables par corps.

217. — Aussi, peut-on demander si la cession judiciaire est encore susceptible d'application, depuis la loi du 22 juillet 1867, qui a, comme nous l'avons dit, supprimé la contrainte par corps en matière civile (*supra*, n° 214).

Remarquons, toutefois, qu'elle l'a maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de simple police, et qu'il peut, en conséquence, arriver que l'auteur d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, ayant été condamné à des dommages-intérêts envers la partie lésée, nous nous trouvions encore en présence d'un débiteur soumis, pour une dette civile, à la contrainte par corps.

Mais la cession judiciaire n'est accordée qu'au débiteur malheureux et de bonne foi.

Or, comment supposer l'existence de cette condition dans la personne de celui qui n'est devenu débiteur que par suite d'une condamnation pénale !

L'objection est, en effet, sérieuse; elle prouve de plus en plus ce que nous avons avancé, que la cession judiciaire ne sera désormais que d'un très-rare usage.

Elle pourrait encore avoir lieu pourtant; comme s'il s'agissait d'un individu condamné à des dommages-intérêts pour un délit d'homicide par imprudence ou pour une simple contravention, qui ne seraient pas exclusifs du malheur et de la bonne foi, que le législateur exige. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 212 *bis*.)

218. — Si les débiteurs, contraignables par corps, sont seuls admis au bénéfice de la cession judiciaire;

En sens inverse, tous les débiteurs contraignables par corps n'y sont pas admis.

Il y a deux cas, en effet, dans lesquels la loi le leur refère, savoir :

1° Lorsque le débiteur est du nombre de ceux que l'article 905 du Code de procédure en exclut, de plein droit, nominativement;

2° Lorsque le débiteur n'a pas été de bonne foi, ou lorsque son insolvabilité n'est pas le résultat de son malheur.

219. — Ces deux conditions sont distinctes.

De ce qu'un débiteur ne se trouverait pas au nombre des personnes, que l'article 905 du Code de procédure exclut nominativement du bénéfice de cession, il n'en faudrait pas conclure qu'il doit y être admis, lors même qu'il ne serait pas malheureux et de bonne foi!

L'article 905 ne déroge, ni expressément ni tacitement, à l'article 1268 du Code Napoléon.

Il n'y avait pas de motif, en effet, pour qu'il y dérogeât.

Serait-il moral et exemplaire d'admettre au bénéfice de cession le débiteur, par exemple, qui aurait commis des actes frauduleux au préjudice de ses créanciers! (Comp. Aix, 30 déc. 1817, Sirey, 1818, II, 356; Bordeaux, 30 août 1821, Sirey, 1822, II, 60; Toullier, t. IV, n° 262; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 91.)

220. — C'est le débiteur qui doit prouver qu'il a été malheureux.

Car c'est lui qui demande à être admis au bénéfice de cession; et il doit, en conséquence, établir qu'il se trouve dans les conditions que la loi exige à cet effet.

Son malheur! il le prouvera, en établissant l'état de ses affaires, la manière dont il les a conduites, et que son insolvabilité provient, non pas de ses désordres, de

ses folles dissipations, ou d'entreprises évidemment imprudentes et téméraires, mais de revers immérités, de mauvaises chances, et de ces événements fortuits, que la prudence humaine ne peut ordinairement prévenir ni conjurer.

221.—Voilà le malheur, dans le sens de l'article 1268.

Et, pourrions-nous dire aussi, voilà la bonne foi!

Car la preuve de la bonne foi résultera, presque toujours, de la preuve que le débiteur aura faite de son malheur.

Et c'est de là même que des arrêts et des auteurs semblent avoir conclu que c'est au débiteur qu'est imposée l'obligation de prouver aussi bien sa bonne foi que son malheur. (Comp. Riom, 22 nov. 1809, et Nîmes, 10 janv. 1814, Sirey, 1814, II, 110-111; Aix, 30 déc. 1817, Sirey, 1818, II, 356; Duranton, t. XII, n° 260; Pardessus, *Cours de droit commerc.*, t. IV, p. 536.)

Mais c'est aller trop loin, suivant nous.

En règle générale, la bonne foi est présumée! (Arg. de l'art. 2268.)

C'est à celui qui allègue la mauvaise foi d'un débiteur, à en fournir contre lui la preuve.

Cette preuve, en matière de cession de biens, doit donc être fournie par les créanciers, qui s'y opposent.

Ce qui est vrai seulement, comme nous venons de le dire, c'est que le débiteur, obligé qu'il est de prouver son malheur, fournit ainsi lui-même indirectement la preuve de sa bonne foi. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 53; Larombière, t. III, art. 1268, n° 6).

222. — Au reste, c'est aux juges, qui sont saisis de la demande en cession de biens, qu'il appartient d'apprécier, en fait, son malheur et sa bonne foi, c'est-à-dire les causes qui ont finalement amené son insolvabilité.

Ce sont là des questions, qui varient suivant les circonstances particulières de chaque espèce, et sur lesquelles leur appréciation devait être, en effet, discrétionnaire

et souveraine. (Comp. Paris, 17 janvier 1823, Sirey, 1825, II, 130; Caen, 23 janv., 1826, Sirey, 1826, II, 235; Bordeaux, 14 mai 1849, de Vassal, Dev. 1852, II, 112).

223. — A la différence de la cession volontaire, (*supra* n° 193), la cession judiciaire doit comprendre tous les biens du débiteur, et être faite à tous ses créanciers.

Elle doit comprendre tous ses biens (art. 1265, 1268);

En exceptant toutefois les objets que la loi déclare incessibles et insaisissables. (Art. 581, 592, 2° à 8°, et 593, Code de Procéd.)

Le même motif d'humanité qui a porté le législateur à défendre aux créanciers de les saisir, a dû évidemment aussi le porter à leur défendre d'en exiger l'abandon.

Telle était l'ancienne doctrine. (Comp. Pothier, Introduct., au tit. XIX de la Cout. d'Orléans, n° 125.)

Telle est aussi la doctrine moderne. (Comp. *Supra*, n° 194 *bis ;* Delvincourt, t. III, n° 462; Duranton, t. XII, n° 258; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 53.)

224. — Serait-il possible d'appliquer aussi à la cession de biens, la disposition que l'article 530 du Code de Commerce applique à la faillite :

« Les créanciers seront consultés sur la question de « savoir si un secours pourra être accordé au failli sur « l'actif de la faillite. »

Quoique l'affirmative ait été admise (comp. Paris, 27 févr. 1813, Sirey, 1816-2-107);

Nous ne croyons pas pouvoir la proposer.

C'est, en effet, une disposition exceptionnelle, que celle de l'article 530 du Code de Commerce.

Et elle nous paraît d'autant moins pouvoir être étendue à la cession judiciaire, que les articles 1265 et 1268 exigent positivement que cette cession comprenne *tous les biens !* (Comp. Toullier, t. IV, n° 257; Zachariæ Aubry et Rau, t. V, p. 54; Larombière, t. III, art. 1268, n° 7.)

225. — Nous avons dit que la cession judiciaire doit comprendre également tous les créanciers.

Cela est évident!

Ajoutons qu'aucun d'eux, en effet, ne peut la refuser.

Et voilà comment on l'appelle aussi la cession *forcée*, par opposition à la cession *volontaire.*

C'est une institution fondée sur des motifs d'humanité et, par conséquent, d'ordre public, puisqu'il s'agit de *la liberté de la personne!* (Art. 1270.)

Il n'est donc permis ni au débiteur d'y renoncer, ni aux créanciers de s'y opposer. (Art. 6, 1268, 1270.)

Autrement, ces sortes de renonciations seraient devenues, comme on dit, de *style* dans les conventions.

C'est même afin de prévenir cet abus, que le législateur a décrété expressément une disposition prohibitive. (Comp. notre *Traité de la Publication; des Effets; et de l'Application des lois en général*, n° 18; Locré, *Législat. civ.* T. XII, p. 277).

226. — II. — Les formalités de la cession de biens judiciaire, sont tracées par le Code de Procédure. (Art. 898 et suiv.)

Nous n'y retrouvons plus, il est vrai, le *salutaire affront du bonnet vert!*

Mais il reste bien encore quelque trace de ces humiliations de l'ancienne procédure, par suite desquelles ce bénéfice a toujours conservé le nom, que Justinien lui avait donné.... *miserabile cessionis bonorum auxilium!* (L. 3, Cod. *Qui bonis cedere poss.*)

227. — III. — Quant aux effets de la cession judiciaire, ils doivent être considérés, de même que les effets de la cession volontaire :

A. Soit dans les rapports du débiteur envers ses créanciers ;

B. Soit dans les rapports des créanciers les uns envers les autres.

228. — *a.* D'après l'article 1269 :

« La cession judiciaire ne confère point la propriété aux « créanciers ; elle leur donne seulement le droit de faire « vendre les biens à leur profit et d'en percevoir les reve-« nus jusqu'à la vente. » (Comp. art. 904, Code de Procéd.)

L'article 1270 ajoute :

« Les créanciers ne peuvent refuser la cession judi-« ciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi.

« Elle opère la décharge de la contrainte par corps.

« Au surplus, elle ne libère le débiteur que jusqu'à « concurrence de la valeur des biens abandonnés ; et « dans le cas où ils auraient été insuffisants, s'il lui en « survient d'autres, il est obligé de les abandonner « jusqu'au parfait payement. »

Ces deux textes résument clairement, l'effet de la cession judiciaire entre le débiteur et les créanciers, le même effet, qu'elle a toujours eu, depuis son origine :

D'une part, dépossession civile, et, comme nous l'avons dit, démission du débiteur, qui ne transmet pas, il est vrai, à ses créanciers la propriété des biens abandonnés, mais qui leur en transmet la possession et la jouissance, avec mandat de les vendre et de s'en distribuer le prix, en s'interdisant tout acte d'aliénation, d'hypothèque ou autre, qui serait contraire au mandat irrévocable, qu'il leur confère ;

Notons que la cession judiciaire, à la différence de la cession volontaire comprend non-seulement *les biens présents*, mais aussi *les biens à venir*, et que le débiteur doit abandonner ceux-ci, au fur et à mesure qu'il les acquiert ;

Et d'autre part, acceptation forcée, par les créanciers, de ce mandat, qui les constitue liquidateurs (comp. L. I, 2, Cod. *Qui bonis ced. poss.* ; Pothier, *loc. supra cit.*).

229. — *b.* En ce qui concerne les effets de la cession judiciaire dans les rapports des créanciers les uns envers

les autres, nous croyons qu'ils sont les mêmes que ceux, qui résultent de la cession volontaire.

Il suffit donc de nous reférer au principe, que nous avons posé plus haut, et d'appliquer également à la cession judiciaire les conséquences, que nous en avons déduites (comp. *supra* nos 205, 206.)

Les deux situations sont, en effet, sous ce rapport, absolument semblables.

Et même, la cession forcée se rapproche plus encore de la faillite que la cession volontaire, par cela même précisément qu'elle est forcée !

C'est un motif de plus pour appliquer à la cession judiciaire les effets, que nous avons empruntés à la faillite pour les appliquer à la cession volontaire.

Ajoutons que la cession judiciaire reçoit une certaine publicité, qui n'est pas donnée à l'autre. (Comp. art. 905, Cod. de Procéd.)

230. — Nous devons reconnaître, toutefois, que cette doctrine est combattue par des jurisconsultes d'une grande autorité.

« Comme cet état, dit M. Larombière, ne saurait être assimilé à la faillite, tout créancier, ayant un titre hypothécaire antérieur, peut encore prendre inscription, après son admission par jugement au bénéfice de cession.... » (T. III, art. 1270, n° 5 ; comp. Troplong, *Des hypoth.*, n° 662.)

Nous ne prétendons pas sans doute, que la cession judiciaire doive être, de tous points, assimilée à la faillite.

Ce que nous croyons, c'est qu'il existe, à certains égards, une analogie entre l'une et l'autre.

Notamment, elles se ressemblent par ce trait essentiel, que, dans l'une comme dans l'autre, le débiteur est dessaisi de l'administration de ses biens, (art. 443, du Cod. de commerce) ; et que ses biens, en effet, sont désormais affectés au payement de ses créanciers, pour

que chacun d'eux soit payé sur le prix, suivant l'état actuel de son titre.

M. Larombière lui-même enseigne que « le débiteur ne peut plus, à partir de son admission par jugement au bénéfice de cession, hypothéquer les biens abandonnés, au préjudice de ses créanciers. » (*loc. supra cit.*)

La logique juridique n'exige-t-elle pas aussi, en conséquence, que l'un des créanciers ne puisse plus, à partir de ce jugement, acquérir une cause de préférence, au préjudice des autres créanciers ?

Nous le pensons ainsi. (Comp. *supra* n° 210; Merlin, Répert, v° *inscript. hypoth.* § IV, n° 6.)

SECTION II.

DE LA NOVATION. — EXPOSITION. — HISTORIQUE.

SOMMAIRE.

231. — Définition de la novation.
232. — Exposition historique.
233. — Suite.
234. — Suite.
235. — Suite.
236. — Suite.
237. — Suite.

231. — La novation vient, au second rang, après le payement, dans la nomenclature des modes d'extinction des obligations, que l'article 1234 énumère.

Et c'est bien là, en effet, sa place; car elle n'est elle-même qu'une manière de payement :

« *Cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus* » disait Venuleius. (L. 31, § 1, ff. *De Novat. et Delegat.*)

De même que le débiteur peut, du consentement du créancier, payer une autre chose que celle qui lui est due... *rem pro re* (L. 25, ff. *De jure dotium* ; art. 1243; comp. le t. IV, n° 228);

Il peut évidemment aussi, du consentement du créancier, payer, avec une autre obligation, l'obligation dont il est tenu... *debitum pro debito.*

Telle est la novation : la substitution à une obligation ancienne, qui s'éteint, d'une obligation nouvelle, qui la remplace.

232. — Voilà, disons-nous, la novation, telle qu'elle était devenue, dans le dernier état du Droit romain, sous la Législation Justinienne.

Très-différente était l'ancienne novation romaine, à l'époque classique !

C'est une démonstration, qui vient d'être faite par M. Gide, dans la remarquable étude, qu'il a consacrée : au caractère de la novation en Droit romain ; et aux conditions de la novation, d'après les Institutes de Gaïus. (Comp. *Revue de Législation française et étrangère*, 1870-1871).

« Les lignes, qui vont suivre, n'auront rien prouvé, dit-il, au début de son travail, si elles n'établissent pas que le mot de novation correspond, dans la loi romaine et dans la loi moderne, à deux idées profondément différentes » (p. 6.)

Notre savant collègue a fourni sa preuve ; il a démontré que la novation n'était, dans l'ancien Droit romain, qu'une *transformation*, dans le sens littéral de ce mot, c'est-à-dire un simple changement de forme ; et qu'elle n'était qu'une des pièces du système symétrique des formules, ayant seulement pour but de communiquer aux obligations contractées par des modes naturels les qualités de l'obligation verbale ; de sorte que, dans ce temps, toute la théorie de la novation se résumait en deux mots : *stipulatio debiti... deductio debiti in stipulationem.*

Aussi, l'ancienne novation romaine, étroitement liée qu'elle était à la jurisprudence formaliste, eut-elle le même destin, s'affaiblissant avec elle successivement, jusqu'à ce qu'elle s'écroulât, avec elle aussi, tout à fait,

sous le coup de la Constitution de Justinien, *ce grand destructeur des vieilles formules,* comme M. Gide l'appelle (p. 47).

Nous lui devons, à lui, la justice de dire qu'il en est scientifiquement l'un des plus judicieux *reconstructeurs.* (Comp. sa nouvelle Etude sur le contrat *litteris,* même Revue, 1873).

233. — Ce n'est qu'avec le secours des commentaires de Gaïus, que cette reconstruction a pu être faite.

Voilà comment nos anciens auteurs, auxquels il n'a pas été donné de les connaître, ont déduit des textes romains certaines interprétations, dont l'inexactitude est aujourd'hui démontrée.

C'est aussi ce qui explique pourquoi leurs arguments, en matière de novation, pour résoudre nos questions françaises, manquent souvent de portée.

La différence était si grande entre les deux législations !

Faut-il ajouter que quelques auteurs modernes n'ont pas évité peut-être l'écueil, où nos anciens avaient échoué ?

234. — « La novation, dit M. Larombière, est la transformation, la translation d'une obligation en une autre qui lui est substituée. (T. III, art 1278, n° 1).

Et il cite la définition romaine :

« *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio...* » (L. I, ff. *De novat*).

Or, cette définition, qui était exacte, en Droit romain, même encore au temps d'Ulpien, n'est plus aujourd'hui, en Droit français, historiquement, aussi juridique. (Comp. toutefois *infra* n° 351).

Ces deux termes : *transfusio* et *translatio* correspondaient, en effet, de la manière la plus topique, aux deux termes, dans lesquels se résumait la novation romaine : *stipulatio debiti.*

Transfusio, oui ! c'était bien une *transformation*, et, comme dit le jurisconsulte dans son langage figuré, une *transfusion* de la dette, que l'on versait, pour ainsi dire, dans le moule de la stipulation, pour la revêtir de cette forme nouvelle !

Translatio, oui encore ! c'était bien aussi le *debitum*, l'*idem debitum*, qui, transféré et transfusé, subsistait sous cette forme, dont il venait d'être revêtu par l'emploi des paroles solennelles.

Quant à un changement dans la dette, ce n'est pas assez de dire qu'il n'était pas nécessaire ; il était impossible, dans le mécanisme de cette institution. La *stipulatio*, en effet, n'était pas un mode romain d'extinction des obligations ! si donc vous aviez stipulé *aliud debitum*, l'ancienne dette subsistait ; et la nouvelle dette n'en était pas moins formée ; il y avait deux dettes ; mais de novation, il n'y en avait aucune !

Et pour ce qui est de l'*animus novandi*, de l'intention des parties de faire novation, on n'y songeait pas davantage. Les parties avaient-elles prononcé les paroles solennelles de la stipulation ? la conséquence était fatale ; la novation était accomplie, par l'irrésistible puissance de la forme légale.

De sorte que, la novation s'accomplissait *ex lege*, plutôt que *ex voluntate*.

Aussi, Justinien, lorsqu'il abolit ce régime, posa-t-il, en effet, cette règle toute contraire, que la novation s'accomplirait, à l'avenir, *voluntate solum, non lege*. (L. ult. Cod. *de Novationibus*).

Il ne sera pas sans intérêt de citer cette Constitution célèbre, sur laquelle s'éleva ensuite, dans notre ancien Droit français, tout un système d'interprétations et de présomptions.

« Sancimus si quis... aliquid fecerit ex quo veteris juris conditores introducebant novationem, nihil pœnitus prioris cautelæ innovari, sed anteriora stare et posteriora

incrementum illis accedere ; nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint quod secundam magis pro anterioribus eligerint. Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum. »

Quelle fut la pensée de l'Empereur, dans cette loi ?

Voulut-il que désormais, la novation ne pût s'opérer que par une déclaration solennelle des parties qu'elles avaient l'intention de l'opérer ?

Non, sans doute !

Ce n'est pas apparemment dans cette même loi, par laquelle il abolissait l'ancien formalisme, *novationum nocentia volumina et veteris juris ambiguitates*, qu'il aurait lui-même introduit un formalisme nouveau !

Ce qu'il voulut, c'est que l'*animus novandi*, qui, dans l'ancien Droit, n'était compté pour rien, fût, au contraire dans le Droit nouveau, pourrions-nous dire, compté pour tout !

235. — Néanmoins, c'est une interprétation différente, qui prévalut parmi les anciens jurisconsultes.

« Partant de cette fausse idée, dit très-bien M. Gide, que l'intention de nover avait été, de tout temps, exigée en Droit romain, comme elle l'est de nos jours, ils se sont demandé ce que Justinien avait pu exiger de plus ; et ils ont pensé que c'était une intention de nover exprimée en termes catégoriques et formels. » (*Loc. supra cit.* p. 60-61.)

Il en fut ainsi, non seulement dans les pays de droit écrit, mais encore dans les pays de coutume.

Et c'était une doctrine généralement admise que « *sans une clause expresse de novation, l'hypothèque, qu'on avait pour la première obligation, demeure dans toute sa force.* » (Catellan, liv. V, ch. 48 ; comp. Brodeau sur Louet, lettre *n;* Bourjon, *Droit comm. de la France*, t. II, p. 545 ; Domat, *Lois civ.*, liv. IV, chap. III, sect. I.)

Il faut voir les controverses nombreuses, et bien un peu

confuses, que ce système engendra, et comment les plus grands maîtres de la jurisprudence s'y laissèrent eux-mêmes engager !

Stériles controverses !

Car enfin, la novation, dégagée des liens du vieux formalisme romain, était devenue une convention comme une autre, puisant dès lors son existence et ses effets dans la commune volonté des parties.

C'est ce que le bon sens de Pothier avait fini par reconnaître :

« Nous ne sommes pas néanmoins, disait-il, attachés, dans notre jurisprudence, d'une manière tellement littérale (à la Constitution de Justinien), qu'il faille toujours que le créancier déclare, en termes précis et formels, qu'il entend faire novation ; il suffit que, de quelque manière que ce soit, sa volonté de faire novation paraisse si évidente qu'elle ne puisse être révoquée en doute. C'est ce qu'établit d'Argentré, sur l'article 273 de la Coutume de Bretagne. » (n° 594).

236. — Évidemment, cela suffit !

Et voilà, en effet, ce que décide l'article 1273 de notre Code :

« La novation ne se présume pas ; il faut que la vo-
« lonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. »

Il est remarquable toutefois que le législateur moderne, de même que les anciens jurisconsultes, crut qu'il apportait en ceci un changement au droit établi par Justinien ;

Tandis qu'il ne faisait que le reproduire !

« Faut-il, disait M. Jaubert, que les parties déclarent expressément qu'elles veulent faire novation ?

« Une des dernières lois romaines l'avait ainsi prescrit ; il nous semble que notre projet a adopté une disposition judicieuse, en exigeant seulement que la volonté d'opérer la novation résulte clairement de l'acte » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 480).

Oh ! certainement, la disposition est judicieuse !

Mais il faut reconnaître qu'elle n'est pas nouvelle.

237. — Nous examinerons, sur cette matière, deux points principaux, à savoir :

I. De quelle manière la novation s'opère ;

II. Quel est l'effet de la novation.

A.

DE QUELLE MANIÈRE LA NOVATION S'OPÈRE.

SOMMAIRE.

238. — La novation peut s'opérer de trois manières. — Exposition.
239. — Suite.
240. — Division.

238. — L'article 1271 est ainsi conçu :

« La novation s'opère de trois manières :

« 1° Lorsque le debiteur contracte, envers son créan-
« cier, une nouvelle dette, qui est substituée à l'an-
« cienne, laquelle est éteinte;

« 2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'an-
« cien, qui est déchargé par le créancier ;

« 3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un
« nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers le-
« quel le débiteur se trouve déchargé. »

Telles sont les trois manières, dont la novation s'opère; ou, autrement, telles sont les trois espèces de novation :

L'une, qui a lieu entre le débiteur et le créancier sans l'intervention d'un tiers, par le changement de la dette, *mutatâ causâ debendi*;

L'autre, qui a lieu par le changement du débiteur, *mutato debitore*;

La troisième, enfin, qui a lieu par le changement du créancier, *mutato creditore*.

La première, qni s'opère par le changement dans l'*objet* de la dette, est dite *objective*, ou *réelle*, comme M. Larombière l'appelle (t. III, art. 1271, n° 2).

Et, les deux autres, qui s'opèrent par le changement de l'un *des sujets*, sont dites *subjectives*, ou *personnelles* (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV., p. 211).

239. — Ces trois sortes de novation ne sont pas d'ailleurs, exclusives l'une de l'autre.

Elles peuvent être réunies et combinées ensemble, comme il convient aux parties, à leur situation et à leurs intérêts.

Mais, quelles que soient les combinaisons que les parties puissent adopter, on devra toujours retrouver, en les analysant, l'une ou l'autre des trois sortes de novation, que l'article 1271 énumère, et qui forment, pour ainsi dire, les types communs, dans lesquels se résume tout le système des novations.

240. — Deux ordres de règles gouvernent cette matière :

Les unes, générales, et qui sont communes aux trois sortes de novation ;

Les autres, spéciales, et qui sont particulières à chacune d'elles.

Nous allons les exposer successivement.

A.

DES RÈGLES GÉNÉRALES, QUI SONT COMMUNES AUX TROIS SORTES DE NOVATIONS

SOMMAIRE.

241. — Exposition.
242. — Le contrat de novation ne saurait se former sans une cause et sans un objet. — Explication.
243. — Suite.
244. — Suite.
245. — Du cas où l'une des obligations, l'ancienne ou la nouvelle, est sujette à une action en nullité ou en rescision.
246. — Suite.
247. — Suite.
248. — Suite.
249. — Suite.
250. — Suite.

251. — Suite.
252. — Suite.
253. — Suite.
254. — Suite.
255. — Suite.
256. — Une obligation naturelle peut servir de cause à une obligation civile par voie de novation.
257. — Faut-il en dire autant d'une dette de jeu ou de pari?
258. — Une obligation pure et simple peut-elle être novée par une obligation conditionnelle? — Et, en sens inverse, une obligation conditionnelle peut-elle être novée par une obligation pure et simple?
259. — Suite.
260. — Suite.
261. — Suite.
262. — Il n'est pas nécessaire qu'un intervalle de temps quelconque, d'une durée déterminée, s'écoule entre l'extinction de l'ancienne obligation et la formation de l'obligation nouvelle.
263. — De la capacité requise pour consentir une novation.
264. — Suite.
265. — Suite.
266. — Suite.
267. — La novation ne se présume pas. — Explication.
268. — Suite.
269. — Suite.
270. — Suite.
271. — Les décisions des juges du fait, en cette matière, peuvent-elles être déférées à la Cour suprême, et encourir la cassation?
272. — Des différences, qui séparent la novation d'avec le transport-cession et le payement avec subrogation.

241. — Les règles, que nous avons à exposer, sont fondées sur ce principe que la novation, dans notre Droit français, très-différent du Droit romain, n'est, en définitive, qu'une simple convention.

Aussi, Demante a-t-il judicieusement remarqué que « le principe du Droit français diminue l'importance des conditions légales, auxquelles est subordonnée la novation; car si, en leur absence, il ne doit pas y avoir novation proprement dite, il se peut cependant qu'il y ait extinction de l'obligation; il suffit, pour cela, que les parties aient voulu opérer cette extinction. » (*Programme, h. l.*, n° 218; comp. Répert. de Merlin, v° *novation*, l'article de Garran de Coulon.).

Cette convention, il est vrai, a un certain caractère,

qui lui est propre; elle constitue une opération complexe, et, en quelque sorte, à double face : libération d'une part, et d'autre part, obligation.

C'est pourquoi, il peut n'être pas inutile de rappeler, avant tout, de quelle manière s'y appliquent les règles générales, et notamment la disposition de l'article 1108, qui détermine les conditions essentielles pour la validité d'une convention.

242. — C'est ainsi d'abord que le contrat de novation ne saurait se former sans une cause et sans un objet (art. 1108, 1126, 1131).

D'où il suit que, pour que la novation puisse s'accomplir, deux dettes sont indispensables : une dette ancienne, qui s'éteint; et une dette nouvelle, qui lui est substituée (comp. les trois numéros de l'art. 1271).

C'est la nouvelle dette, qui est la cause de l'extinction de l'ancienne.

Comme c'est l'ancienne dette, qui est la cause de la formation de la nouvelle.

L'une d'elles venant à manquer, l'autre serait sans cause.

L'ancienne ne s'éteindrait pas, si la nouvelle n'était pas formée;

Et la nouvelle ne se formerait pas, si l'ancienne n'avait pas eu ou n'avait plus d'existence (comp. Pothier, n° 585).

243. — Au moment, par exemple, où la nouvelle obligation était contractée, la chose, qui faisait l'objet de l'ancienne obligation, avait péri par cas fortuit (art. 1245, 1302 et 1601).

L'ancienne obligation n'existait donc plus.

Et la seconde, en conséquence, n'a pas pu se former.

Si donc le débiteur avait fait un payement à son créancier, en vertu de cette seconde obligation, il serait fondé à exercer contre lui l'action en répétition de l'indu.

Nous supposons une perte par cas fortuit;

Parce que, en effet, si la perte de la chose, qui formait l'objet de la première obligation, était imputable au débiteur, il pourrait y avoir, à sa charge, une dette de dommages-intérêts, qui serait susceptible de novation (comp. Duranton, t. XIII, n° 275; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 212; Larombière, t. III, art. 1271, n° 5).

244. — Il en serait de même, si la cause de la première obligation était fausse, contraire aux lois ou aux bonnes mœurs.

Cette obligation, nulle comme celle qui, tout à l'heure, manquait d'objet ou de cause, ne pouvait produire aucun effet (art. 1131).

Le payement, qui en aurait été fait, serait donc également sujet à répétition; et, par suite, la novation d'une telle obligation serait aussi impossible! (comp. Pothier, n° 589; Rouen, 27 nov. 1863, *Gazette des Tribunaux* du 17 déc. 1863).

245. — La solution, que nous venons d'appliquer à l'obligation *nulle*, est-elle applicable à l'obligation *annulable* ou *rescindable?*

Il ne s'agit plus de la cause ni de l'objet de la convention de novation;

Il s'agit de la capacité des parties (ou de leur consentement).

L'article 1273 est ainsi conçu:

« La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter. »

Ce texte est peut être trop absolu dans ses termes.

L'incapacité des parties ou de l'une d'elles ne rend pas, en effet, la convention nulle *de plein droit;* elle la rend seulement sujette à *une action en nullité ou en rescision* (art. 1117).

Or, grande est la différence entre l'obligation nulle et l'obligation annulable!

Tandis que l'une n'existe pas, aux yeux de la loi, et ne peut, dès lors, produire aucun effet;

L'autre, au contraire, existe légalement, tant que l'annulation n'en a pas été prononcée.

Et, par conséquent, en cet état, aucun obstacle ne s'oppose absolument à ce qu'elle soit susceptible de novation.

L'obstacle ne s'élèvera que si la partie, qui peut demander la nullité de son obligation, l'a demandée et l'obtient.

Aussi, certaines distinctions sont-elles, à cet égard, nécessaires.

246. — Supposons d'abord que c'est l'ancienne obligation, qui est annulable.

De deux choses, l'une :

Ou la nouvelle obligation est contractée par le même débiteur envers le même créancier ;

Ou elle est contractée envers le même créancier par un nouveau débiteur.

Dans le premier cas, la novation sera valable, si, au moment où elle s'opère, la partie, qui pouvait demander la nullité de la première obligation, connaît la cause de cette nullité et se trouve capable d'y renoncer par une ratification. La novation, disons-nous, sera valable; car elle constituera, elle-même, cette ratification, qui, aux termes de l'article 1338, troisième alinéa, résulte de l'exécution volontaire de l'obligation rescindable ; or, la novation constitue précisément cette exécution volontaire, à l'instar du payement; et il ne sera pas, dès lors, nécessaire que l'acte, qui contiendra la novation, porte les mentions exigées par le premier alinéa de l'article 1338, à savoir : l'énonciation de la cause de nullité et l'intention d'y renoncer.

Si, au contraire, la partie qui pouvait demander la nullité de la première obligation, ignorait la cause de cette nullité, elle n'aura pas perdu le droit qu'elle avait de la proposer; et si, en effet, elle la propose et la fait admettre, la novation ne sera pas valable, puisque la

seconde obligation sera désormais sans cause. (Comp. Duranton, t. XII, n° 291; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 213; Colmet de Santerre, t. V, n° 219 *bis*, IV; Larombière, t. III, art. 1271, n° 11.)

247. — Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la nouvelle obligation, qui a été substituée à l'obligation annulable, a été contractée par un nouveau débiteur, la question n'est pas aussi simple.

Le nouveau débiteur pourra-t-il, comme l'ancien débiteur l'aurait pu, demander contre le créancier, la nullité de la première obligation, et faire tomber la novation, en faisant tomber la seconde obligation, qu'il a contractée?

Toute la question est là, en effet!

S'il le peut, la novation tombera;

Et la novation, au contraire, subsistera, s'il ne le peut pas.

Eh bien! donc, le peut-il?

Nous répondons :

Oui, s'il ne s'agit pas d'une exception personnelle à l'ancien débiteur, et si, en contractant la nouvelle obligation, il a ignoré la cause de nullité, dont l'ancienne obligation était affectée;

Non, s'il s'agit d'une exception purement personnelle à l'ancien débiteur, dont le nouveau débiteur avait connaissance, lorsqu'il a contracté, en son lieu et place, la seconde obligation envers le créancier.

Cette distinction qui repose sur les articles 1125, 2012 et 2036, nous paraît également commandée par les principes.

Et nous croyons qu'elle sera, généralement aussi, dans ses applications pratiques, conforme à la commune intention des parties. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 219 *bis* V.)

248. — Voici, au contraire, que c'est la seconde obligation, qui est annulable, la première étant valable! (*Supra*. n° 246.)

Par exemple, c'est un mineur, qui a contracté la seconde obligation.

Que la novation s'opère et demeure irrévocable, si la nullité de cette seconde obligation n'est pas demandée, cela est d'évidence.

A plus forte raison, si cette nullité se trouve effacée par une confirmation expresse ou tacite. (Com. art. 1304, 1338; *supra*. n° 245.)

249. — Mais quel sera le sort de la novation, si le mineur fait prononcer l'annulation de son obligation?

La première obligation revivra-t-elle?

D'après une doctrine, qui compte d'imposants suffrages, il faut répondre négativement :

1° En effet, dit-on, l'extinction de l'ancienne obligation n'est point, en matière de novation, la conséquence immédiate de la formation de l'obligation nouvelle; cette extinction est le résultat de la renonciation du créancier;

Or, le créancier peut avoir eu, malgré la nullité de la nouvelle obligation, l'intention de renoncer à l'ancienne;

Donc, de ce que la nouvelle obligation ne s'est pas formée, on ne doit pas conclure que l'ancienne obligation ne s'est pas éteinte.

Tout au plus, serait-il permis de dire que la renonciation du créancier n'a été, dans ce cas, que la suite d'une erreur; mais alors la nullité de la renonciation serait subordonnée à la preuve de l'erreur alléguée; et cette preuve vînt-elle à être administrée, la renaissance de l'ancienne obligation ne serait cependant pas la conséquence de la nullité de la nouvelle; elle serait plutôt la suite de la nullité de la renonciation.

2° On ajoute que l'obligation nouvelle, dans l'exemple proposé, où elle a été contractée par un mineur, si elle est nulle *civilement*, demeure valable *naturellement*. (Comp. Massol, *Des obligations naturelles*, p. 245 et suiv.)

Or, une obligation naturelle peut devenir, par novation, une obligation civile. (*Infra* n° 256.)

C'est ce que Justinien exprimait dans ses Institutes :

« *Interdum, licet posterior obligatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollitur; veluti si id quod tibi Titius debeat, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fueris.* » (Lib. III, tit. 29 § 3; comp. Gaius, comm. III.)

3° Enfin, on conclut, en disant, que cette solution est commandée par le principe général, dont *la glose* a fait une maxime :

« *Obligatio sive actio semel extincta non reviviscit...* » (sur la loi 98 § 8, ff. *De solut. et liberat.*; comp. Delvincourt, t. II, p. 565, 566; Toullier, t. IV, n° 298; Duranton, t. XII, n° 282; Larombière, t. III, art. 1272.)

MM. Aubry et Rau avaient aussi d'abord professé cette doctrine.

Mais les savants auteurs s'en sont ensuite départis, *après nouvel examen de la question*. (T. IV, p. 215).

250. — Nous croyons, en effet, que cette doctrine n'est pas juridique.

Tout au moins, est-elle trop absolue, lorsqu'elle pose, en principe, que l'extinction de l'ancienne obligation est indépendante de la formation de l'obligation nouvelle !

Une distinction nous paraît, au contraire, indispensable :

Ou le créancier, connaissant la cause de nullité ou de rescision, dont la nouvelle obligation était affectée, a entendu néanmoins s'en contenter, et l'accepter définitivement, en échange de l'ancienne obligation, dont il a libéré le débiteur;

Ou le créancier n'a entendu accepter la nouvelle obligation en échange de l'ancienne, qu'autant que cette nouvelle obligation serait valable et exécutée, soit qu'il ait ignoré la cause de nullité ou de rescision, qui l'affectait, soit que, la connaissant, il n'ait pas voulu en courir la chance.

C'est-à-dire que cette thèse se transforme en une question de fait et d'interprétation.

251. — Dans le premier cas, il se peut, en effet, que l'annulation judiciairement prononcée de la seconde obligation ne fasse pas revivre la première.

Mais pourquoi?

Est-ce parce que l'extinction de la première obligation est, en matière de novation, toujours indépendante de la validité et du maintien de la seconde?

Pas du tout!

C'est parce que, dans ce cas particulier, la cause de l'extinction de la première ne sera pas précisément la validité et le maintien de la seconde.

La cause sera la chance seulement de cette validité et de ce maintien, chance, dont le créancier a bien voulu se contenter.

On conçoit, en effet, telles circonstances, dans lesquelles le créancier aura pu préférer à une créance valable une créance annulable, si la seconde, par exemple, est plus avantageuse que la première, ou si le second débiteur est plus solvable que le premier; surtout, lorsque la confiance qu'il a dans le second débiteur, dans sa loyauté et dans sa bonne foi, lui fait espérer qu'il n'exercera pas l'action en nullité, dont son obligation est affectée (Comp. *infra*, nos 259-261.)

Dans ce cas, nous pensons aussi que l'annulation de la seconde obligation ne fera pas revivre la première.

Mais nous ajoutons que ce sera-là une exception au principe général.

Cette intention du créancier de renoncer absolument à sa première créance, lors même que la seconde créance serait annulée, ne devra pas être présumée.... *nemo enim censetur jacture res suas!*

Et il faudra, que la preuve en soit faite contre lui. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 215, 216; Colmet de Santerre, t. V, nos 219 *bis* VI et 220 *bis* II.)

252. — Si cette preuve n'est pas faite, nous demeurerons sous l'empire du principe.

En conséquence, l'annulation judiciairement prononcée de la seconde obligation fera revivre la première.

Car cette annulation la fait considérer, *in præteritum*, comme n'ayant jamais existé ; et il faut dès lors appliquer, dans ce cas, la même solution que nous avons appliquée dans le cas où la seconde obligation est nulle (*supra*, n° 246).

Telle est notre doctrine.

Il nous suffira, pour l'établir, de réfuter les arguments qui ont été produits par la doctrine contraire, dont il nous paraît d'autant plus intéressant d'entreprendre la réfutation, qu'ils méconnaissent absolument, suivant nous, les principes généraux du droit, non moins que les principes particuliers de cette matière :

1° Comment prétendre, en effet, sous l'empire de notre Code, en présence des règles qui gouvernent notre novation française, que l'extinction de la première obligation n'est pas subordonnée à la formation de la seconde !

Mais c'est cette seconde obligation, qui est la cause de l'extinction de la première ! nous l'avons déjà constaté, pour en déduire cette conséquence irrésistible, que l'extinction de la première sera sans cause, si la seconde n'a pas été valablement formée !

Il n'y a pas, en effet, dans cette opération, deux conventions distinctes : une renonciation d'une part, et une obligation de l'autre.

Non ! il n'y a qu'une seule convention indivisible !

Le créancier n'a pas dit qu'il renonçait purement et simplement à la première obligation, ni qu'il en faisait remise.

Il a dit qu'il en faisait novation ! ce qui signifie qu'il ne renonce à la première obligation qu'en échange de

la seconde, et sous la condition que cette seconde obligation sera valable.

Aussi l'article 1273 dispose-t-il que :

« La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes « capables de contracter. »

La novation, c'est-à-dire le contrat de novation, l'unique contrat, dans les deux éléments, qui le constituent.

2° C'est d'ailleurs ce que les dissidents eux-mêmes sont forcés de reconnaître!

Ils reconnaissent que l'extinction de la première obligation doit avoir une cause.

Et alors ils disent que cette cause se trouve toujours dans la seconde obligation contractée par le créancier, qui, bien que déclarée nulle civilement, continue, après cette annulation, d'exister naturellement.

Mais ce nouvel argument n'est pas moins inadmissible que le premier!

L'obligation, qu'un mineur avait contractée, n'existe, en effet, pas plus naturellement que civilement, aux yeux de la loi, après que l'annulation en a été prononcée.

Pourquoi cette annulation a-t-elle été prononcée?

Eh ! mais, précisément parce que la loi présume que le mineur n'avait pas encore le jugement assez formé pour contracter une obligation.

Or, ce motif est exclusif de l'existence d'une obligation naturelle.

Et c'est justement parce que la loi n'y voit pas d'obligation naturelle, qu'elle n'y voit pas d'obligation civile!

Quand est-ce donc seulement que l'obligation contractée par un mineur peut, après l'annulation judiciairement prononcée, revêtir le caractère d'une obligation naturelle?

C'est lorsque le mineur, devenu majeur, ou ses représentants, la reconnaissant comme telle, lorsqu'ils avouent eux-mêmes que cette obligation existe à leur charge!

Or, loin de l'avoir reconnue, le débiteur a fait annuler son obligation.

Donc, il n'y a, en cet état, aucune obligation, ni civile ni naturelle (comp. le t. III de ce *Traité*, n° 34; Bugnet sur Pothier, t. II, p. 95).

Nous avons déjà remarqué combien les obligations naturelles en Droit romain diffèrent des obligations naturelles en Droit français, et qu'il serait périlleux de vouloir argumenter des unes aux autres; cette controverse nous en offre un frappant exemple!

Il en est de même de l argument déduit de ce que la novation faite en Droit romain par le pupille, *sine tutoris auctoritate*, n'en opérait pas moins novation.

C'est que la novation, à Rome, consistait exclusivement dans la forme solennelle de la stipulation; or, le pupille, tout incapable qu'il était de s'obliger, pouvait néanmoins, en sa qualité de citoyen romain, jouer un rôle dans cette espèce de représentation juridique; et cela suffisait!

Qu'y a-t-il de commun entre un tel régime et le nôtre?

Ajoutons, d'ailleurs, que nous pourrions même invoquer, en ce sens, certains textes romains, et dire aussi, avec Ulpien :

« ... *Integra causa pristina restituenda est.* » (L. 14 et I. 16, § ff., *Ad Senatus Velleianum*; L. 50, ff., *De minoribus*.)

3° Est-ce la peine maintenant de réfuter l'argument, que la doctrine contraire a déduit de cet adage :

Obligatio semel extincta non reviviscit ?

Non, sans doute, l'obligation, une fois irrévocablement éteinte, ne peut plus revivre, *semel extincta!*

Mais, précisément, ce que nous soutenons et ce que nous espérons avoir démontré, c'est que la première obligation n'a pas été irrévocablement éteinte, lorsque la seconde obligation a été contractée par un mineur!

Aussi *la Glose*, reconnaissant la trop grande généralité de sa maxime, l'a-t-elle modifiée, en ajoutant :

« *Nisi justa causa subsit, ex quâ æquitas subveniat.* »

Voilà ce que nous disons nous-même. (Comp. Marcadé, art. 1273, nos 2 et 3 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 229 *bis*, I.)

233. — Il y a un cas surtout, dans lequel la doctrine, que nous venons de combattre, rencontrerait encore, dans le texte même de la loi, un insurmontable obstacle.

C'est celui où la seconde obligation aurait été contractée par le débiteur de la première obligation envers le même créancier.

Paul, mineur, est débiteur envers moi d'une somme de 100 000 fr., que son père, dont il est héritier, m'a laissée par testament.

Nous convenons qu'en échange de cette obligation de 100 000 fr. dont je le libère, il s'obligera à me livrer tel immeuble.

Et la novation est ainsi faite.

Devenu majeur, il demande et obtient l'annulation de l'obligation, qu'il a contractée envers moi, de me livrer cet immeuble.

Son obligation de me livrer les 100 000 fr. revivra-t-elle ?

Évidemment oui !

D'après le texte même de l'article 1312 qui est ainsi conçu :

« Lorsque les mineurs, les interdits et les femmes mariées sont admis, en cette qualité, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, *à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit.* »

Or, il est prouvé, par le fait même, que la libération de la première obligation a tourné au profit du mineur,

puisqu'il avait cessé de devoir une somme de 100 000 fr.

Donc, il doit restituer le profit qu'il a tiré de cette libération, c'est-à-dire qu'il doit redevenir débiteur!

254. — La solution que nous venons d'appliquer au cas où la seconde obligation est annulée pour incapacité personnelle, est aussi applicable au cas où elle est annulée pour erreur, violence ou dol.

Toullier lui-même reconnaît que, dans ce dernier cas, la première obligation doit revivre (t. IV, n° 299).

Mais c'est là, suivant nous, une désertion de sa doctrine, et une contradiction à laquelle il a cru pouvoir échapper, en disant que la nullité de l'obligation pour cause d'erreur, de violence ou de dol, est une nullité *radicale !*

Tandis que, au contraire, c'est un principe incontestable, consacré par le texte même de la loi, que toutes ces causes de nullité ou de rescision, pour incapacité ou pour vices du consentement, ont le même caractère et produisent le même effet de rendre seulement l'obligation *annulable* (art. 1117, 1304, 1338).

Les autres dissidents, ne voulant pas commettre cette contradiction, assimilent, en effet, ces deux causes de nullité; et ils décident que la première obligation n'en demeurerait pas moins éteinte, dans le cas où la seconde obligation serait déclarée nulle pour cause d'erreur, de violence ou de dol (Zachariæ, *loc. supra cit.*).

Mais leur doctrine, amenée, à cette extrémité, nous paraît de plus en plus inadmissible!

255.— Nous croyons, toutefois, devoir excepter de la solution, que nous venons de présenter, le cas où le vice pour lequel la seconde obligation aurait été déclarée nulle, serait imputable au créancier lui-même.

Notre avis est que l'on pourrait décider alors que la première obligation ne revivra pas, et que la novation sera maintenue.

Mais, s'écrie le créancier, je ne pourrai donc agir

désormais, ni en vertu de la première obligation, qui est éteinte, ni en vertu de la seconde, qui est annulée!

Eh bien, oui! *sibi imputare debet;* c'est par une fin de non-recevoir qu'il faudra le repousser, en lui objectant qu'il ne peut pas se prévaloir d'un vice, qui lui est imputable.

Telle était la doctrine de Papinien :

« ..... Quod si dolo creditoris inductus sit minor, non magis creditori succurrendum erit adversus fidejussorem, *quam si, facta novatione circumvento minore, desideraret in veterem creditorem utilem actionem sibi dari.* » (L. 48, ff., *De fidejuss. et mandat.;* comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 216.)

256. — Qu'une obligation naturelle puisse servir de cause à une obligation civile, par voie de novation, c'est ce qui a été, de tout temps, admis.

Ce qui manque, en effet, à une telle obligation, pour qu'elle produise l'action en justice, c'est l'aveu de l'obligé; c'est cette révélation, dont le législateur a besoin pour la reconnaître et lui imprimer sa sanction obligatoire.

Or, le consentement donné par la partie à la novation est bien, de sa part, l'aveu de l'existence, à sa charge, d'une obligation naturelle.

Donc, cette partie ne saurait être admise à revenir contre l'obligation civile, dans laquelle elle a consenti à la transformer (Comp. le t. I, n° 351, et le t. IV, n° 34 de ce *Traité;* Cass., 19 juin 1832, Dev., 1832, 1, 859; Paris, 24 avril 1858, Rueff, Dev. 1859, II, 90; L. 1, § 1, ff. *De novat. et delegat.;* Pothier n° 589; Toullier, t. IV, n° 298; Duranton, t. X, n° 337 et t. XII, n° 293; Zachariæ, Aubry et Rau t. IV, p. 9; Colmet de Santerre, t. V, n° 174 *bis*, III, et 219 *bis*, VII; Larombière, t. III, art. 1235, n° 9).

257. — Faut-il en dire autant d'une dette de jeu ou de pari?

La négative nous paraît certaine.

Ce n'est pas que nous considérions la dette de jeu ou de pari comme ayant une cause illicite.

Non! car s'il en était ainsi, la répétition en serait admise au profit du perdant, qui l'aurait payée; or, cette répétition lui est refusée.

Mais si la dette de jeu ou de pari n'a pas précisément une cause illicite, elle n'a pourtant pas été considérée non plus par le législateur comme une obligation naturelle; et les dispositions spéciales, auxquelles il l'a soumise, témoignent qu'il la considère, en effet, comme une dette d'un caractère spécial, qui n'est, en quelque sorte, ni tout à fait civile, ni tout à fait naturelle. (Comp. le t. IV de ce *Traité*, nos 44-45.)

C'est de ce caractère particulier, que nous déduisons l'impossibilité juridique de convertir, par voie de novation, une dette de jeu ou de pari en une obligation susceptible de produire une action en justice :

1° En effet, aux termes de l'article 1965 :

« La loi n'accorde aucune action pour une dette de « jeu ou pour le payement d'un pari. »

Il est vrai qu'aux termes de l'article 1967 :

« Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il « a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de « la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie. »

Mais la disposition première et capitale, c'est celle de l'article 1965, qui défend, d'une manière absolue, d'introduire en justice, directement ou indirectement, une action qui aurait pour cause une dette de jeu ou de pari;

Or, la nouvelle obligation, que le perdant aurait contractée envers le gagnant, aurait, en réalité, pour cause cette dette elle-même;

Donc, l'action qui en résulterait, se trouve défendue par l'article 1965.

2° Ajoutons que le motif essentiel, qui a dicté cet article, exige qu'il soit ainsi entendu.

Ce que la loi a voulu, c'est protéger les joueurs contre les égarements de leur passion funeste! c'est de les préserver de la ruine dans laquelle elle pourrait les entraîner!

Or, qui ne voit que cette prévoyance serait trompée, s'il était possible que le perdant consentît, dans la fureur même du jeu, et en quelque sorte, pour l'alimenter, de nouvelles obligations en échange des dettes de jeu, qui en seraient évidemment la véritable et seule cause! (Comp. Cass. 4 déc. 1854, Vacqué, Dev., 1854, I, 763; Rouen, 14 juillet 1854, Nicolle, Dev., 1855, II, 170; Angers, 24 août 1865, Grigon, Dev., 1867, II, 86; Duranton, t. XVIII., n° 107; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 575; Pont, t. I, n° 603; Pillette, *Revue pratique*, 1863, t. XV, p. 441.)

258. — Une obligation pure et simple peut-elle être novée par une obligation conditionnelle?

Et, en sens inverse, une obligation conditionnelle peut-elle être novée par une obligation pure et simple?

L'affirmative est évidente; et la question, demeurant dans ces termes, ne souffre pas de difficulté.

Ce qu'il s'agit de savoir, c'est si la novation s'opère de suite, *statim*, quoi qu'il puisse advenir de la condition;

Ou si, au contraire, elle dépend de l'accomplissement ou du non-accomplissement de la condition, à laquelle l'une ou l'autre des obligations a été subordonnée.

C'est ce dernier parti que les jurisconsultes romains avaient admis.

Gaïus et Ulpien, supposant qu'une obligation pure et simple a été novée par une obligation conditionnelle, et que la condition, à laquelle la seconde obligation est subordonnée, vient à défaillir, répondaient que la première obligation n'est pas éteinte : « *durat prior obligatio* » (Gaïus, Comm., III, § 179; Inst. de Justin. *Quib mod. toll. obligat.* § 3; L. 8, et 14 ff. *De novat. et delegat.*)

Que cette solution soit exacte théoriquement, on ne saurait le nier.

Et théoriquement, en effet, il faut d'autant plus aussi l'admettre dans notre Droit, que l'existence de deux obligations, dont l'une s'éteint pour être remplacée par l'autre, a toujours été, chez nous, indispensable pour la formation de la novation.

Est-ce la première obligation, qui est subordonnée à une condition suspensive ou soumise a une condition résolutoire ?

L'existence de la seconde obligation, et par conséquent la novation, dépendra soit de l'accomplissement de la condition suspensive, soit de l'inaccomplissement de la condition résolutoire.

Et si c'est, au contraire, la seconde obligation, qui est soumise à une condition suspensive ou résolutoire, l'extinction de la première obligation, et par conséquent, la novation, sera subordonnée soit à l'accomplissement de la condition suspensive, soit à l'inaccomplissement de la condition résolutive. (Comp. Cass., 18 avril 1854, Degeorges, Dev., 1855, 1, 44; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 213; Pothier, n° 585 ; Duranton, t. XII, n°s 295 et suiv., Larombière, t. III, art. 1271 n° 6.)

259. — En cas pareil, d'ailleurs, il est facile de déterminer, d'après les principes généraux sur les conditions, quelle doit être l'attitude réciproque des parties, tant que la condition est en suspens.

Si la seconde obligation a été contractée sous une condition résolutoire, c'est le droit du créancier d'en demander immédiatement l'exécution ; mais il devra restituer ce qu'il aura reçu, et la première obligation revivra, si la condition s'accomplit (Art. 1183).

La seconde obligation a-t-elle été contractée sous une condition suspensive ?

Tout alors sera, en effet, en suspens, *pendente conditione !*

Et le créancier ne pourra demander l'exécution ni de la première ni de la seconde obligation :

Point de la première, puisqu'il y a conditionnellement renoncé, en échange de la seconde;

Point de la seconde, puisque celle-ci n'est pas encore définitivement formée (art. 1181).

260.— Telle est, disons-nous, la solution, au point de vue théorique, de cette thèse des novations conditionnelles.

Nous nous empressons, toutefois, d'ajouter que ce n'est pas avec cette rigueur doctrinale, qu'elle doit être considérée, au point de vue pratique.

C'est alors presque toujours, en fait, une question d'interprétation de volonté, qui s'élève.

Il se peut, en effet, que les parties aient voulu substituer, de suite et définitivement, une obligation conditionnelle à une obligation pure et simple, ou une obligation pure et simple à une obligation conditionnelle; c'est-à-dire qu'elle aient, de part et d'autre, échangé aléatoirement soit une éventualité contre une certitude, soit une certitude contre une éventualité (comp. *supra*, n° 251).

Et, bien entendu, aucun doute ne serait possible sur la validité immédiate d'une novation ainsi faite, dans le cas où les parties auraient déclaré expressément que telle était leur commune intention!

261. — Or, cette commune intention des parties n'a pas besoin d'être expresse.

La preuve peut aussi en résulter clairement, quoique d'une manière tacite, des termes de l'acte et des circonstances du fait.

Donc, les juges peuvent, en effet, reconnaître, indépendamment de toute déclaration de leur part sur ce point, que leur volonté a été d'opérer, actuellement et irrévocablement, la novation, sans la subordonner à l'accomplissement ou au non-accomplissement de la condition sus-

pensive ou résolutoire, dont l'une ou l'autre des obligations se trouverait affectée.

C'est surtout par la comparaison de la valeur de l'objet de l'ancienne obligation et de la valeur de l'objet de l'obligation nouvelle, que l'on pourra le mieux apprécier l'intention des parties.

Je vous dois 1 000 francs purement et simplement.

Et nous convenons que, en échange de cette obligation, je vous devrai 2 000 francs, si tel événement arrive.

Quelle sera, en cas pareil, presque toujours, l'interprétation la plus vraisemblable de notre commune intention?

C'est que moi, j'ai consenti à courir la chance de n'être pas votre débiteur de 1 000 francs, si l'événement n'arrive pas, ou d'être votre débiteur de 2 000 francs, si l'événement arrive;

Comme vous, de votre côté, vous avez consenti à n'être pas, dans le premier cas, mon créancier de 1 000 fr., et à être mon créancier de 2 000 francs, dans le second cas.

On objecte que « une pareille substitution constituerait bien moins une novation qu'une convention aléatoire d'une espèce particulière. » (Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 214.)

Mais il nous semble que c'est là, au contraire, une convention, dans laquelle se rencontrent les éléments constitutifs de la novation proprement dite.

Aussi, les jurisconsultes romains, malgré l'excessive rigueur de leur formalisme, le reconnaissaient-ils finalement eux-mêmes; et tout en déclarant que, d'après l'*ipsum jus*, la novation n'était pas opérée, ils subvenaient par les exceptions *doli mali vel pacti conventi*, à la partie qui l'invoquait. (Gaïus, Comm., III, § 179; comp. Duranton, t. XII, n° 300; Colmet de Santerre, t. V, n° 219 *bis*, VIII.)

262. — Deux obligations, disons-nous, sont indispensables pour que la novation s'opère: l'ancienne, qui s'éteint; *et* la nouvelle, qui la remplace.

Mais ni la loi ni la raison n'exigent qu'un intervalle de temps quelconque, d'une durée déterminée, s'écoule entre l'extinction de l'une et la formation de l'autre.

Il suffit que la première ait précédé la seconde, ne fût-ce que d'un instant de raison !

Comme si, dans le même instant, *eodem tempore*, disait Ulpien, où je vous vends mon immeuble moyennant 100 000 fr., nous convenons que cette dette, qui a pour cause un prix de vente, sera convertie en une autre dette de rente viagère, par exemple, dont la cause nouvelle serait évidemment incompatible avec elle ! (Comp. *infra*, n° 286; L. 8 § 2, ff. *De novat. et delegat.*; Pothier, n°s 550 à 554 et 588; Duranton, t. XII, n° 303 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 212.)

263. — Quant à la capacité requise pour consentir une novation, dont nous avons eu l'occasion de nous occuper déjà incidemment, (*supra*, n° 245), deux conditions sont requises :

D'une part, dans la personne du créancier, la capacité tout à la fois de renoncer à la première obligation et d'accepter, en échange, la seconde obligation, qui lui est substituée ;

Et d'autre part, dans la personne du débiteur, la capacité de contracter la seconde obligation.

Voilà ce que veut dire l'article 1272, lorsqu'il dispose que :

« La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes ca-
« pables de contracter. »

264. — C'est pourquoi nous en avons conclu que l'un des créanciers solidaires ne peut pas faire novation de la créance, du moins relativement à la part de ses cocréanciers. (Comp. le tome III, de ce *Traité*, n° 183.)

265. — Tandis que, au contraire, nous avons pensé qu'il en résultait que le tuteur peut faire seul novation de la créance, qui appartient au mineur. (Comp. notre *Traité de la minorité, de la tutelle*, etc, t. I, n° 668.)

Nous devons reconnaître, toutefois que cette déduction est plus délicate et qu'elle est, en effet, controversée.

Quelques jurisconsultes semblent portés à refuser cette capacité au tuteur, dans tous les cas.

Du moins, d'après MM. Aubry et Rau, faudrait-il faire une distinction :

« Le tuteur d'un créancier mineur, disent les savants « auteurs, ne peut consentir la novation d'une obligation « garantie par une hypothèque ou par un cautionnement, « à moins que l'hypothèque ne soit réservée ou que la « caution n'accède au nouvel engagement. Que s'il s'a- « gissait d'une créance chirographaire, qui ne fût ga- « rantie par aucune sûreté spéciale, rien ne s'oppose- « rait à ce que le tuteur en fît novation, sous sa respon- « sabilité personnelle, en acceptant, pour le compte du « mineur, un nouvel engagement contracté soit par l'an- « cien débiteur, soit même par un tiers, d'ailleurs capa- « ble de s'obliger. » (sur Zachariæ, t. IV, p. 214-215.)

Mais, à notre avis, cette distinction n'est pas juridique.

Que la créance du mineur soit garantie par une hypothèque ou par un cautionnement, ou qu'elle soit seulement chirographaire, non pourvue d'une sûreté spéciale, le droit du tuteur est le même ; c'est-à-dire qu'il peut, à la fois, d'une part, en recevoir seul le montant, et d'autre part, faire seul l'emploi de ce qu'il a reçu ;

Or, c'est précisément ce double pouvoir, qui constitue la capacité du créancier ou de son représentant, en matière de novation.

Il ne s'agit pas, en effet, d'une renonciation pure et simple à la première créance du mineur.

Cette renonciation se lie à l'acquisition de la seconde créance, qui en est la cause, et dont elle est inséparable.

On peut trouver que les pouvoirs du tuteur, à cet égard, *sont peut-être trop larges* ; et tel est, en effet, le sentiment que notre savant collègue, M. Valette, exprime

dans le premier et très-substantiel volume de son *Cours de Code civil* (p. 574.)

Quoi qu'il en soit, tels sont les pouvoirs, que notre loi lui a faits. (Comp. notre tome précité ; Duranton, t. XII, n° 279 ; Larombière, t. III, art. 1272, n° 4.)

266. — Voilà aussi pourquoi Pothier décidait que :

« Un fondé de procuration générale du créancier peut faire novation ;

« A la différence de celui qui n'a qu'un pouvoir particulier pour recevoir des débiteurs. » (n° 592) ;

Solution, qui serait encore aujourd'hui généralement vraie.

267. — Enfin, aux termes de l'article 1273 :

« La novation ne se présume pas ; il faut que la vo-
« lonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. »

Nous avons déjà, dans notre exposition historique, signalé l'origine et le caractère de cette disposition (*supra*, n°s 135-136).

Dégagée de la tradition romaine, d'où elle procède, ce qu'elle signifie aujourd'hui est très-simple.

C'est qu'il faut le consentement pour que la novation s'opère.

Et il ne s'agit pas seulement ici du consentement des parties contractantes, qui est requis par l'article 1108, comme une condition générale de validité pour toutes les conventions ;

Il s'agit spécialement du consentement, ou, suivant le mot de Pothier, de la volonté, *dans la personne du créancier*, de faire novation (n° 594), c'est-à-dire de ce que l'on appelle du nom technique, en cette matière, *l'animus novandi* de la part du créancier.

C'est ce consentement, en effet, qui est, dans notre Droit français, tout à la fois, nécessaire et suffisant.

268. — Il est nécessaire, à la différence de ce qui se pratiquait dans l'ancienne doctrine romaine, sous le ré-

gime formaliste de la stipulation, où l'on n'en tenait pas compte. (*supra*, nº 234.)

Et même, notre texte dispose que cette volonté du créancier de faire novation, ne se présume pas.

C'est qu'en effet, la novation renferme, de la part du créancier, une renonciation à sa première créance ;

Or, les renonciations ne se doivent pas présumer.

Et, en outre, aux termes de l'article 1315, c'est à celui qui se prétend libéré d'une obligation, de justifier le payement ou le fait, qui a produit sa libération.

De ce que j'ai déjà une créance contre Paul, il ne s'ensuit pas, bien entendu, que je ne puisse pas, tout en la conservant, acquérir encore une nouvelle créance, soit contre le même débiteur, Paul, soit contre un second débiteur, Pierre, qui viendrait s'adjoindre au premier.

Il se peut qu'il n'existe, et généralement même, il n'existe pas d'incompatibilité entre les deux créances, entre l'ancienne et la nouvelle.

Par conséquent, de ce que j'ai voulu acquérir la seconde, il n'y a pas lieu de conclure que j'ai voulu, par cela seul, renoncer à la première.

Ma volonté d'y renoncer y est donc nécessaire ! (Comp. art. 1315.)

269. — Mais elle est aussi, disons-nous, suffisante.

Plus de formules sacramentelles !

Une seule condition est exigée, c'est que la volonté de faire novation résulte clairement de l'acte, d'après notre article.

Clairement, c'est-à-dire certainement, sans ambiguité ni équivoque, soit des termes de l'acte, soit des circonstances du fait, qui ne comportent pas raisonnablement une interprétation contraire à l'idée de novation.

Il n'y a pas une déclaration expresse ?

Le mot : *novation*, n'a pas même été employé ?

Il n'importe !

Est-il démontré clairement aux juges que vous avez voulu faire une novation, et que le créancier a eu, en effet, l'*animus novandi?*

Cela suffit !

270. — On a mis en question, toutefois, s'il ne fallait pas du moins que cette preuve de l'*animus novandi* résultât de l'acte même qui renferme la convention.

En d'autres termes, la novation peut-elle être prouvée *par des présomptions*, conformément à l'article 1353 ?

L'affirmative nous paraît certaine.

Quand l'article 1273 dispose que la novation ne *se présume pas*, il veut dire seulement qu'elle ne *se suppose pas*, et que la preuve en doit être non équivoque ; c'est ainsi que l'article 1116 dispose également que le dol ne se présume pas ; ce qui n'empêche nullement que le dol puisse être prouvé par des présomptions. (Comp. le tome I, de ce *Traité*, n° 188.)

Il en est de même de la novation.

C'est méconnaître le caractère de l'article 1273, que d'en déduire cet argument, tout littéral, que la preuve ne pourrait résulter que de l'acte même.

L'article 1273 a voulu, au contraire, que l'intention des parties fût, en matière de novation, la règle prédominante.

Et il n'a pas eu certes pour but de restreindre les moyens de preuve, qui pourraient la faire apparaître.

La vérité est qu'il n'a établi, pour ce cas, aucun mode de preuve spécial et qu'il s'en est, par conséquent, referé au droit commun.

Concluons donc que les juges peuvent admettre, dans les cas, bien entendu où elles sont admissibles, d'après le droit commun, des présomptions graves, précises et concordantes, résultant des circonstances, qui établiraient que, en effet, les parties ont eu la volonté de faire une novation. (Art. 1315, 1316, 1353 ; comp. Cass., 31 mai

1854, Rueff, Dev., 1855, I, 44; Cass., 17 déc. 1862, Deligne, Dev., 1864, I, 247; Cass., 12 déc. 1866, Couret, Dev., 1868, I, 70; Zachariæ, Aubry et Rau, tome IV, p. 217.)

271. — C'est aux juges du fait, qu'il appartient, en effet, d'apprécier, sous ce rapport, les termes des actes et les circonstances de l'espèce, pour reconnaître et pour interpréter, d'après ces éléments, la véritable intention des parties; si elles ont ou si elles n'ont pas voulu faire une novation.

Est-ce à dire pourtant que leurs décisions en cette matière ne puissent jamais être déférées à la Cour suprême et encourir la cassation?

Telle paraît avoir été la doctrine de Duranton (t. XII, n° 284), en faveur de laquelle on pourrait invoquer un arrêt de la Cour de cassation elle-même du 19 juin 1832. (Grasset, D. 1832, I, 250)

Mais cette doctrine n'a pas prévalu; et elle ne pouvait pas, en effet, prévaloir.

Il faut bien distinguer, surtout en cette matière, le point de fait d'avec le point de droit.

Sur le premier point sans doute, les Tribunaux et les Cours d'appel exercent une appréciation souveraine; et, en tant qu'ils s'y renferment et qu'ils apprécient les actes et les circonstances du fait, pour en déduire une interprétation de volonté, leur décision est, en effet, souveraine.

Mais il en est autrement sur le second point, en tant qu'ils font l'application des textes de la loi aux faits par eux constatés et reconnus.

Cette distinction est parfaitement mise en relief dans l'arrêt de la Cour de cassation, du 12 décembre 1866:

« Attendu qu'en matière de novation, comme en toute autre matière, une ligne de démarcation nettement tranchée sépare le pouvoir de révision (de la Cour de cassation) du pouvoir souverain du juge du fond; — que cette

ligne commence là où s'arrête le fait et où le droit apparaît; — que la loi définissant la novation et déterminant, avec ses caractères essentiels, les divers modes par lesquels elle peut s'opérer, il est du droit et du devoir de la Cour de cassation de vérifier si, dans la constatation de la décision, qui lui est déférée, ses caractères légaux et les conditions essentielles, auxquelles elle est soumise, se rencontrent; mais qu'elle excèderait sa mission et empièterait sur le domaine du juge du fond, en contrôlant, pour les rectifier au besoin, les faits qu'il constate, les interprétations qu'il donne aux actes, les conséquences qu'il en induit, et les appréciations d'intention sur lesquelles il se fonde pour déclarer l'existence de tous les éléments constitutifs de la novation, parmi lesquels se place, en premier ordre, la volonté de l'opérer.... » (Couret, Dev., 1868, I, 70; comp. Cass., 22 juin 1841, Barbaud, Dev., 1841, I, 473; Cass., 25 avril 1855, Dev., 1855, I, 712; Cass., 17 décembre 1862, Deligne, Dev., 1863, I, 247; Cass., 29 novembre 1871, Quenessou, Dev., 1872, I, 70; Marcadé, art. 1273; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 221.)

272. — Les développements, que nous venons de présenter, ont suffisamment démontré les caractères généraux de la novation, et qu'il faut la distinguer de quelques autres opérations, de la cession notamment et de la subrogation, avec lesquelles elle peut offrir certains traits de ressemblance.

La différence capitale, qui la sépare de l'une et de l'autre, c'est que celles-ci n'impliquent aucune extinction de créance; tandis que l'extinction de l'une des créances est, au contraire, le signe distinctif de la novation.

Voilà ce qui explique comment les priviléges, hypothèques et cautionnements sont conservés dans la cession et même aussi dans la subrogation (art. 1249, 1252, 1692);

Tandis qu'ils s'éteignent dans la novation (art. 1278).

Ajoutons que celle des novations, qui paraît se rapprocher le plus de la cession, c'est-à-dire la novation par changement de créancier, en diffère essentiellement encore sous ce rapport qu'elle ne peut pas s'opérer, comme la cession, sans le consentement du débiteur, qui, bien entendu, ne saurait être engagé dans une nouvelle dette, sans avoir donné un nouveau consentement (art. 1272).

B.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES A CHAQUE ESPÈCE DE NOVATION.

SOMMAIRE.

273. — Transition. — Division.
274. — I. Comment s'opère la novation objective ou réelle, c'est-à-dire celle qui consiste dans le changement de la dette, sans changement dans les personnes?
275. — *a.* — La novation résulte, virtuellement et nécessairement, de ce fait que la dette nouvelle est incompatible avec la persistance de la dette ancienne.
276. — Cette incompatibilité est nécessaire, pour qu'on en fasse résulter la novation. — Exemples.
277. — Suite.
278. — Suite.
279. — Suite.
280. — Suite.
281. — Suite.
282. — Suite.
283. — Suite.
284. — Cette incompatibilité est suffisante, pour que la novation soit opérée virtuellement et nécessairement. — Explication.
285. — Suite.
286. — Suite.
287. — Suite.
288. — La dation en payement d'une chose autre que celle qui était due, emporte novation.
289. — Mais qu'arriverait-il, si le créancier était ensuite évincé, sans sa faute, en tout ou en partie, de la chose, qu'il a reçue en payement?
290. — Suite.
291. — Suite.
292. — Suite.
293. — Un capital exigible, provenant d'un prêt ou d'un prix de vente,

est converti, par une convention nouvelle, en une rente soit viagère, soit perpétuelle. — Est-ce une novation ? — Du cas où il s'agit d'une rente viagère.
294. — Du cas où il s'agit d'une rente perpétuelle.
295. — Suite.
296. — Suite.
297. — La novation résulte-t-elle de l'acceptation, par le créancier, de lettres de change ou autres effets, en payement de ce qui lui est dû ?
298. — Suite.
299. — *b.* — Indépendamment de toute incompatibilité entre l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle, la novation peut néanmoins encore avoir lieu, lorsque l'intention des parties de l'opérer, est manifestée clairement de tout autre manière.
300. — II. Comment s'opère la novation par le changement du débiteur, l'une des deux novations subjectives ? — Division.
301. — *a.* — De l'expromission. — Définition. — Exemple.
302. — De l'adpromission. — Définition. — Exemple.
303. — Suite.
304. — Suite.
305. — Suite.
306. — Suite.
307. — Du recours, que le nouveau débiteur peut avoir à exercer contre l'ancien débiteur, pour lequel il s'est obligé envers le créancier.
308. — *b.* — De la délégation. — Définition. — Exemple.
309. — La délégation est parfaite ou imparfaite. — Explication.
310. — De la délégation imparfaite.
311. — Suite.
312. — Suite.
313. — L'article 1275, d'après lequel il faut, pour que la délégation soit parfaite, que le créancier ait déclaré expressément qu'il déchargeait son ancien débiteur, n'est-il qu'une application de l'article 1273, d'après lequel la novation ne se présume pas ?
314. — Lorsque le créancier délégataire a déclaré expressément décharger l'ancien débiteur, en acceptant le nouveau, la novation est accomplie. — Conséquence. — Observation.
315. — La règle est que le créancier délégataire n'a plus désormais pour débiteur que le délégué, et qu'il ne peut pas exercer de recours contre le déléguant, lors même que le délégué serait insolvable.
316. — Cette règle comporte deux exceptions. — La première a lieu, lorsque le créancier a fait la réserve expresse d'un recours contre le déléguant. — Explication.
317. — Suite.
318. — La seconde exception a lieu, dans le cas où le délégué se trouvait déjà, au moment de la délégation, en faillite ouverte ou en déconfiture. — Explication.
319. — Suite.
320. — Suite.
321. — Suite.
322. — Suite.
323. — Quelle est la nature du recours, que le créancier délégataire

peut exercer contre le débiteur déléguant, dans les deux cas d'exception, où l'article 1276 admet ce recours? — Est-ce son ancienne créance, qui renaît avec ses garanties? — Est-ce une créance nouvelle?
324. — Lorsque le délégué ne s'est obligé envers le délégataire que dans la fausse croyance qu'il était lui-même débiteur du déléguant, peut-il agir en répétition contre le délégataire, s'il l'a payé, ou afin d'obtenir, de lui, sa décharge, s'il ne l'a pas encore payé?
325. — Suite.
326. — Suite.
327. — Suite.
328. — Suite.
329. — Faut-il appliquer à la délégation, comme à la cession, la disposition de l'article 1690?
330. — II. Comment s'opère la novation par le changement de créancier?
331. — Observation générale.

273. — Nous avons maintenant à exposer les règles particulières aux trois espèces de novation, et quels sont les signes caractéristiques, qui servent à distinguer chacune d'elles.

274. — I. Au premier rang se présente la novation *objective* ou *réelle* :

« Lorsque le débiteur contracte, envers son créan-
« cier, une nouvelle dette, qui est substituée à l'an-
« cienne, laquelle est éteinte. » (Art. 1271, 1°.)

On peut dire que cette novation s'opère dans deux cas; à savoir :

a. Lorsque l'intention des parties de l'opérer résulte, virtuellement et nécessairement, de l'incompatibilité entre l'ancienne dette et la dette nouvelle;

b. Lorsque, indépendamment même de cette incompatibilité, l'intention des parties d'opérer la novation, est manifestée clairement de tout autre manière.

275. — *a*. Et d'abord, disons-nous, la novation résulte, virtuellement et nécessairement, de ce fait que la dette nouvelle est incompatible avec la persistance de la dette ancienne.

Cette incompatibilité sans doute est nécessaire;

Mais évidemment aussi elle est suffisante.

276. — Elle est nécessaire.

De là il faut conclure qu'il n'y aurait point novation, si la convention nouvelle, sans changer la nature juridique ni l'objet de la dette, y apportait seulement des modalités, des augmentations ou des diminutions, qui seraient relatives : à sa quotité ou à son importance ; — à ses garanties accessoires ; — à l'époque de son exigibilité ; — à la forme du titre ; — ou aux modes d'exécution.

277. — La dette est de 20 000 fr.

Et il est convenu, entre le débiteur et le créancier, qu'elle sera désormais soit de 15 000 fr. seulement, soit, au contraire, de 25 000 fr.

Pas de novation, ni dans le premier cas, ni dans le second ! (Comp. Limoges, 31 janv. 1857, Coste, Dev., 1858, II, 90.)

278. — La dette est chirographaire, sans hypothèque, sans gage ni cautionnement.

Et il est convenu que le débiteur fournira une hypothèque, un gage ou un cautionnement.

Ou bien, c'est un tiers, un *adpromissor*, qui vient s'adjoindre au débiteur pour la plus grande garantie du créancier.

Pas de novation ! (Art. 1275 ; comp. *infra*, n° 293.)

279. — Pas de novation non plus, dans le cas contraire, si la dette étant garantie par une hypothèque, par un gage, ou un cautionnement, ou toute autre sûreté, il est convenu que le créancier renonce à l'hypothèque, au gage ou au cautionnement (comp. art. 1210, 1211, 1212).

280. — Le créancier consent, au profit du débiteur, une prorogation de terme.

L'époque de l'exigibilité est changée.

Mais la dette elle-même ?

En aucune manière !

Aussi l'article 2039 dispose-t-il que :

« La simple prorogation de terme, accordée par le « créancier au débiteur principal, ne décharge pas la « caution. »

Preuve certaine qu'il n'y a pas novation ! (Art. 1281, deuxième alinéa.)

A plus forte raison, en serait-il de même de l'abréviation du terme, qui, au lieu de retarder, avancerait, au contraire, l'époque de l'exigibilité.

281. — Mais voici qu'il est convenu que la dette, étant constatée seulement par un acte sous seing-privé, sera constatée par un acte authentique.

Ou même, cette dette est commerciale; et un tiers intervient, dans l'acte authentique, pour fournir au créancier soit un aval, soit une hypothèque sur son immeuble.

Y aura-t-il novation ?

Pas davantage ! s'il est reconnu, en fait, que les parties ont eu seulement l'intention de maintenir la dette, et de lui conserver, en la garantissant mieux, son caractère originairement commercial.

Car, la convention, qu'elles ont faite, n'implique, en aucune manière, virtuellement et nécessairement, l'extinction de la dette, qui existe entre elles (comp. Limoges, 31 janv. 1857, Coste, Dev., 1858, II, 90; Cass., 23 août 1871, Poulain, Dev., 1871, I, 132; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 218).

282. — Enfin, avons-nous dit, un changement, qui ne porte que sur le mode d'exécution de la dette, ne saurait non plus opérer novation.

C'est ainsi que, aux termes de l'article 1277 :

« La simple indication faite par le débiteur d'une « personne, qui doit payer à sa place, n'opère point « novation.

« Il en est de même de la simple indication faite par « le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour « lui. »

283. — De même encore, ajoutons-nous, de l'indication d'un lieu de payement autre que celui qui avait été d'abord convenu.

284. — Les déductions, qui précèdent, sont évidentes.

Il faut aussi les appliquer à tous les cas où la convention nouvelle, qui intervient entre les parties, ne change, en effet, ni la nature juridique ni l'objet de la dette.

Mais, au contraire, dès que la convention nouvelle change la nature juridique ou l'objet de la dette, l'incompatibilité se déclare entre la persistance de l'ancienne dette et la nouvelle dette.

Et la novation est opérée virtuellement et nécessairement.

Voilà en quel sens nous avons dit que cette condition d'incompatibilité est suffisante (*supra*, n° 275);

Indépendamment de toute déclaration des parties de leur volonté d'opérer novation;

Bien plus! malgré la déclaration, qu'elles auraient faite de n'avoir pas l'intention de l'opérer!

Car la novation peut résulter alors de la force même des principes.

« Une protestation, dit Pothier, ne peut empêcher l'effet nécessaire et essentiel d'un acte. » (n° 595.)

285. — Vous aviez reçu de moi, à titre de dépôt, *ex causa depositi*, une somme de 10 000 fr.

Je vous la laisse, à titre de prêt, *ex causa mutui*.

Comment n'y aurait-il pas novation!

Est-ce qu'il est possible que vous soyez, tout à la fois, envers moi dépositaire et emprunteur de cette même somme!

Ou encore, voici un père, qui par suite du règlement, qu'il a fait, avec ses enfants, au sujet de la succession de sa femme, leur mère, retient, à titre d'usufruitier, une partie de ce qu'il leur devait.

La cause juridique de la dette est donc changée;

l'ancienne a disparu, remplacée par la nouvelle. (Comp. Cass. 3 déc. 1834, Dev. 1835, I, 51, Paris, 15 janvier 1836, Dev. 1836, II, 168; Cass. 17 nov. 1837, Dev. 1838, I, 124, Paris, 9 mars 1844, Dev. 1844-2-197, Douai, 4 mai 1846, Panthou, Dev. 1846, II, 470.

286. — De même, si le créancier d'une rente insaisissable fait avec le débiteur cette convention que celui-ci conservera comme capital, à titre de prêt, les arrérages échus, pour lui en servir les intérêts.

Ce serait là, en effet, une convention nouvelle de prêt pour ces arrérages convertis désormais en capital.

Et les intérêts de ce prêt ne seraient point, en conséquence, insaisissables ! (Comp. cass. 19 août 1844, de la Bonnevalière, Dev. 1845, I, 38.)

287. — La faculté, qui serait accordée au débiteur de payer une autre chose que celle qui est due, ne portant que sur le mode d'exécution de la dette, n'opérerait pas novation.

La dette, en effet, continuerait alors d'être toujours la même dans sa cause aussi bien que dans son objet.

De pure et simple qu'elle était d'abord, elle serait devenue seulement une dette dite *facultative*. (Comp. le tome III, de ce *Traité*, n° 30.)

288. — Tout autre serait la convention par laquelle le créancier accepterait purement et simplement l'offre faite par le débiteur de lui donner en payement une autre chose que celle qui lui est due.

Et par conséquent aussi, tout autre serait la dation en payement effectivement accomplie.

Il y aurait alors novation.

Car la dette serait transformée dans l'une de ses conditions essentielles, à savoir : dans la chose même, qui en était l'objet.

La nouvelle chose ne serait pas seulement *in facultate solutionis*.

Elle serait *in obligatione* !

Et elle y serait seule désormais, l'autre en ayant complétement disparu. (Comp. le t. IV de ce *Traité*, n° 230.)

289. — Mais qu'arriverait-il, si le créancier était ensuite, sans sa faute, évincé, en tout ou en partie, de la chose, qu'il a reçue en payement?

La première dette revivrait-elle, avec les garanties accessoires, dont elle était pourvue?

Ou, au contraire, le créancier ne pourrait-il agir qu'en vertu de la seconde dette, pour demander seulement, à titre de garantie, des dommages-intérêts comme équivalent de l'exécution de l'obligation, qui ne lui est pas fournie?

J'étais votre créancier d'une somme de 100 000 fr.; et ma créance était privilégiée ou hypothécaire.

Il a été convenu, entre nous, que vous me donneriez, en payement de cette créance, votre immeuble, dont telle est, à peu près, la valeur; et j'ai reçu, en effet, cet immeuble en payement.

Puis, voilà que j'en suis évincé, par une action en revendication formée par un tiers.

Ma créance de 100 000 fr. va-t-elle revivre, avec son privilége ou son hypothèque?

Ou bien, n'ai-je, contre vous, qu'une action purement personnelle et chirographaire en garantie, comme un acheteur contre son vendeur?

Cette question peut étonner peut-être, après ce que nous venons de dire.

Qu'avons-nous dit?

Que la dation en payement opère novation;

Or, la novation éteint la première dette, qui est remplacée par la seconde dette (art. 1234);

Donc, je ne puis plus agir en vertu de ma première obligation, qui est éteinte, mais seulement en vertu de la seconde, qui lui a été substituée.

Cette conclusion nous paraît, en effet, bien déduite.

Et pourtant, il faut que nous ajoutions qu'elle a tou-

jours été, si haut que l'on remonte dans l'histoire du Droit, le sujet des plus sérieuses controverses.

290. — Un parti considérable, dans le Droit nouveau, enseigne encore la doctrine contraire, et que le créancier, après l'éviction, doit retrouver sa première créance, avec ses priviléges et ses hypothèques :

1° On invoque d'abord l'autorité de l'ancien Droit et notamment le témoignage de Domat, sur lequel M. Pont fonde principalement cette thèse :

« Si le payement, disait Domat, ou ce qui devait en tenir lieu, n'avait point d'effet, comme si le créancier avait pris en payement une dette avec garantie et qu'il ne pût être payé, *ou un fonds avec la même garantie, dont il fut évincé*, l'hypothèque revivrait avec la créance ; *car ces sortes de payements renferment la condition qu'ils subsistent.* » (Lois civiles, liv. III, tit. I, sect. VII, n° 6.)

2° C'est que, en effet, dit-on, aux termes de l'article 1238 :

« Pour payer valablement, il faut être propriétaire de « la chose donnée en payement et capable de l'aliéner. »

Or, le débiteur, qui a donné à son créancier cette chose autre que celle qui lui était due, n'en étant pas propriétaire, n'a pas payé valablement.

Et si le payement n'est pas valable, il n'a pas pu avoir pour effet d'éteindre la première obligation.

C'était aussi l'argument des anciens dissidents, qui s'écriaient : « *Solutum non videtur, quod solutum non durat.* »

3° On ajoute enfin, que, aux termes de l'article 1184 :

« La condition résolutoire est toujours sous-entendue, « dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une « des parties ne satisfera point à son engagement. »

Or, le débiteur, qui n'a pas transféré au créancier la propriété de la chose, qu'il lui donnait en payement, n'a pas rempli son obligation ;

Donc, en vertu de la condition résolutoire tacite de

l'article 1184, la première obligation doit revivre ; puisque le créancier n'y avait renoncé que sous une condition qui n'a pas été remplie. (Comp. Troplong, *Des Priv. et Hypoth.* t. IV, n° 1336; Pont, *Des Priv. et Hypoth.*, n° 1236.)

291. — Si sérieuse que cette argumentation puisse paraître, nous persistons à penser que l'éviction soufferte par le créancier, *par l'acheteur* maintenant, pourrions-nous dire, ne fait pas revivre la première dette :

1° Et d'abord, en ce qui concerne l'autorité des traditions, elle a toujours été trop incertaine pour fournir un moyen décisif de solution.

Ainsi, en Droit romain, tandis que Marcien décide que l'éviction fait renaître l'ancienne dette (L. 46 princ. ff. *De Solut. et liberat.*);

Julien, au contraire, décide qu'elle ne la fait pas renaître. (L. 24 princ. ff. *De Pignorat. act.*).

Le même désaccord existait entre les Constitutions impériales. (Comp. L. 8 Cod. *De sentent. et interlocut.*; L. 4 Cod. *De evict.*)

Notre ancien Droit français offre également, sur ce point, de grandes hésitations ; si l'opinion qui fait renaître la première dette, paraît y avoir été prédominante, elle était elle-même fort débattue :

Les uns, enseignant que la première dette doit, en effet, renaître non-seulement contre le débiteur principal, mais aussi contre les cautions; (Comp. Renusson, *Traité de la Subrogation*, chap. V.);

Les autres, enseignent, au contraire, qu'elle ne doit pas renaître contre les cautions, mais seulement contre le débiteur principal. (Comp. Basnage, *Traité des hypoth.* Chap. XV; Pothier, *Des obligat.* n° 406 et 504; *de la Vente*, n° 604.)

Les Parlements n'étaient pas moins divisés dans leurs arrêts que les auteurs dans leurs ouvrages.

En cet état des précédents historiques, c'est évidem-

ment surtout d'après les textes du Code et les principes, que cette thèse doit être résolue, dans notre Droit nouveau.

2° Or, à ce point de vue, l'appréciation exacte de l'opération, qui s'est passé entre le créancier et le débiteur, doit, suivant nous, conduire, en effet, à la conclusion, que nous proposons.

Cette opération est complexe.

De mon côté, j'ai renoncé, définitivement et irrévocablement, à l'obligation de 100 000 fr. dont vous étiez tenu envers moi ;

Tandis que, de votre côté, vous avez contracté, en échange de ma renonciation, une obligation nouvelle, à savoir : celle de me procurer et de me garantir la propriété de votre immeuble.

Voilà donc bien la novation !

On se récrie que cette obligation nouvelle, le débiteur ne l'a pas exécutée !

Eh bien! donc, faites qu'il l'exécute! et, à défaut de l'exécution effective, demandez-en l'exécution par équivalent, à titre de garantie, au moyen de dommages-intérêts (comp. Orléans, 30 août 1850, Chénault, Dev. 1851, II, 44).

Tel est le droit nouveau, qui résulte, à votre profit, de cette obligation nouvelle.

Il ne faut pas confondre l'obligation qui n'est pas exécutée, avec l'obligation qui est nulle !

Oh ! sans doute, si la nouvelle obligation était nulle, si, étant même seulement annulable, elle avait été annulée, l'ancienne obligation devrait revivre. (Comp. *supra*, nos 242 et suiv.)

Mais notre espèce est tout autre !

La nouvelle obligation est valable ; quoique non exécutée effectivement, elle subsiste ; et elle fait, par conséquent, toujours obstacle à la résurrection de l'ancienne obligation.

Quand l'article 1238 dispose que le payement fait par celui qui n'était pas propriétaire de la chose payée, n'est pas valable, ce qu'il signifie, c'est que le débiteur, le *solvens,* n'est pas libéré de son obligation ; voilà tout ; mais il ne dit pas que cette obligation soit nulle !

Et de même, quand l'article 1599 dispose que la vente de la chose d'autrui est nulle, il ne signifie pas apparemment que le vendeur soit délié de son obligation envers l'acheteur ! puisque, tout au contraire, c'est l'éviction qui donne ouverture à l'action en garantie ! (Art. 1626 et suiv.)

Cette situation est tout à fait celle du créancier qui, au lieu de la somme qui lui était due, a reçu en payement une autre chose :

« *Nam hujus modi contractus vicem emptionis obtinet,* » dit fort justement la Constitution d'Antonin. (4, Cod. *De evict.*)

Prétendre que l'éviction va faire revivre l'ancienne créance, c'est méconnaître l'effet caractéristique de la novation, tel que l'article 1234 le détermine, en la présentant comme un mode d'extinction des obligations, non pas provisoire et conditionnel, mais définitif et absolu, à l'instar du payement, et indépendant des événements ultérieurs.

La condition résolutoire tacite de l'article 1184 ne saurait donc être introduite dans la novation, à l'effet de faire revivre l'ancienne obligation, en cas d'inexécution de l'obligation nouvelle ; elle ne saurait, disons-nous, y être introduite, sans un complet renversement de toute la théorie des novations.

3° C'est bien là ce que suppose l'article 2038 :

« L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un « immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la « dette principale, décharge la caution, encore que le créan- « cier vienne à en être évincé. »

Pourquoi ?

C'est l'orateur du Tribunat, Chabot de l'Allier, qui va répondre :

« En ce cas, dit-il, l'obligation principale se trouve éteinte par la novation. » (Locré, *Législat. civ.* t. XV, p. 349, ajout., p. 330 et 389.)

Nous le croyons ainsi (comp. art. 1276, *infra*, n° 315; Cass. 10 juin 1817, Sirey 1819, I, 35; Cass. 10 mai 1858, Leroy-Devillers, Dev. 1859, I, 161; Cass. 19 janv. 1863, Hardy, Dev. 1863, I, 198; Poitiers, 18 janv. 1864, Renoud, Dev. 1864, II, 198; Toullier, t. IV, nos 301 et 306-307; Duranton, t. XII, n° 82; Grenier, *Des Priv. et Hypoth.*, t. I, n° 302; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 487 et t. IV, p. 217; Marcadé, art. 1273, n° 11; Larombière, t. III, art 1278, n° 6).

292. — Un autre argument encore a été fait dans l'intérêt de la doctrine, que nous venons de présenter, mais dont nous n'acceptons pas, pour notre part, le secours.

Il faut, a-t-on dit, supposer que le débiteur de la somme d'argent a payé cette somme au créancier, qui lui en a donné quittance; et que, de son côté, le créancier a payé à son tour cette même somme au débiteur, pour le prix de l'immeuble qu'il lui a livré.

Mais, en fait, à quoi bon ces deux traditions, dont l'une n'aurait lieu que pour être immédiatement suivie et remplacée par l'autre! on la supprime donc *celeritatis causa*; et on traite l'opération comme si elles avaient eu lieu;

Or, si ces deux traditions avaient eu lieu, il est certain que l'éviction ne ferait pas renaître l'ancienne dette, qui aurait été éteinte par le payement que le créancier en aurait reçu, et qu'elle ne donnerait ouverture qu'à une action en garantie, *ex empto*;

Donc, il en doit être de même de la dation en payement, qui n'a pu s'opérer que par l'accomplissement fictif de ces deux traditions (comp. Pothier, n° 595; Duranton, t. XII, n° 288).

Mais cette explication ne nous paraît pas juridique.

Il y aurait, en effet, dans cette opération, telle qu'elle vient d'être représentée, non pas un seul fait juridique en partie double, mais deux faits distincts :

D'une part, l'extinction de la première dette par le payement ;

Et d'autre part, la nouvelle convention de vente;

Deux faits, disons-nous, distincts, et qu'aucun lien juridique ne rattacherait l'un à l'autre.

Très-différente est la novation !

Est-ce que la novation implique l'idée d'un payement effectif de la première dette ?

Cela est bien impossible !

Car, avec cette idée, la théorie de la novation s'évanouit tout entière; puisque la première dette s'éteindrait par le payement, et non point par le mode spécial d'extinction, qui s'appelle la novation.

Il ne faut donc pas supposer que la première dette a été payée par le débiteur au créancier, qui à son tour, aurait remis les deniers au débiteur.

Non ! il n'y a pas deux traditions; il n'y en a qu'une ! c'est la tradition, que le débiteur fait au créancier de la chose, qu'il lui donne en payement de la somme qu'il lui doit, et que précisément il ne lui paye pas !

Voilà la théorie essentielle de la novation.

Et les conséquences pratiques en sont importantes.

Supposons, par exemple, que la première dette n'existait pas; ces 100,000 fr., que je croyais vous devoir, je ne vous les devais pas; et je vous ai, par suite de cette erreur, livré mon immeuble.

J'ai certainement contre vous une action en répétition.

Mais quel est l'objet de cette action ?

Est-ce la somme de 100,000 fr., que j'ai cru faussement vous devoir?

Est-ce l'immeuble, que je vous ai livré?

Évidemment, celui qui a payé, ne peut répéter que la chose même, qu'il a payée.

En conséquence, ce sera la somme de 100,000 fr., si on suppose, avec la théorie que nous venons d'exposer, que je vous ai fait d'abord le payement de cette somme, et que vous m'en avez donné quittance; rien alors ne s'opposera à ce que vous gardiez l'immeuble, que je vous ai vendu ensuite par une convention nouvelle.

Mais, au contraire, ce sera l'immeuble même, que je pourrai répéter contre vous, si c'est, en effet, l'immeuble même que je vous ai payé.

Cette différence, d'ailleurs, est reconnue par les auteurs, que nous venons de citer (comp. Duranton, t. XII, n° 81).

Mais c'est donc que, en effet, eux-mêmes reconnaissent qu'il faut écarter de la novation ces traditions fictives, qui ne tendraient à rien moins qu'à faire disparaître ce mode spécial d'extinction des obligations, pour le confondre dans le payement (comp. Marcadé, art. 1273, n° 11).

293. — Nous avons encore à examiner, sur ce point, quelques questions fort délicates, que l'on peut rattacher à cette théorie de la dation en payement.

Un capital exigible, provenant d'un prêt ou d'un prix de vente, est converti, par une convention nouvelle, en une rente, soit viagère, soit perpétuelle?

Est-ce une novation?

Le premier cas n'est pas difficile.

Il faut répondre certainement que la novation résulte de la conversion d'un capital exigible en une rente viagère.

L'objet juridique de l'obligation nouvelle n'est plus, en effet, le même que celui de l'ancienne obligation.

Quel était l'objet de l'ancienne obligation?

Le capital!

Quel est l'objet de l'obligation nouvelle?

Les arrérages! (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens; — De la Propriété*, etc., t. I, n° 423 *ter*).

Ce sont les arrérages seulement, que le créancier peut demander (art. 1978).

Ce sont les arrérages seulement, que le débiteur peut offrir. (Art. 1979.)

Comment pourrait-on voir encore l'objet de la dette dans un prétendu capital, qui ne peut plus être demandé par l'un ni offert par l'autre!

Aussi, cette première solution est-elle généralement admise.

294. — Le second cas offre, au contraire, une difficulté sérieuse; et il n'a pas cessé d'être, en effet, dans l'ancien Droit comme dans le Droit nouveau, le sujet de vives dissidences.

La conversion d'un capital exigible en une rente perpétuelle emporte-t-elle novation?

Pour l'affirmative, on argumente ainsi:

1° D'abord, telle était la doctrine de Pothier, qui, tout en reconnaissant que l'opinion contraire paraissait, de son temps, avoir le suffrage des auteurs, fournit, à l'appui de la sienne, *des raisons, qui lui paraissent très-fortes et concluantes* (n° 595).

2° C'est que, en effet, il n'y a véritablement pas, sous ce rapport, de différence entre la rente viagère et la rente perpétuelle.

L'objet de la dette est changé, dit-on, par la conversion d'un capital en une rente viagère.

Mais est-ce qu'il n'est pas aussi changé par la conversion de ce capital en une rente perpétuelle?

Quel est désormais l'objet de la dette?

Le capital?

Non pas!

Mais bien seulement les arrérages, c'est-à-dire la rente elle-même.

Car voilà désormais seulement ce que le créancier peut demander, la rente, les arrérages.

Il est vrai que le débiteur peut, afin de se libérer

de la rente, rembourser le capital. (Art. 530, 1911.)

Mais ce n'est là, en effet, qu'un moyen de se libérer de la rente par une dation en payement; le capital n'est plus *in obligatione*; il n'est plus que *in facultate solutionis*.

Il est vrai encore le créancier lui-même peut, dans certains cas, demander le remboursement du capital. (art. 1912, 1913).

Mais ce n'est plus alors l'exécution du contrat de constitution de rente, qu'il demande; c'est, au contraire, la résolution.

Tant que dure, dans son caractère propre, le contrat de constitution de rente, le capital est aliéné.

Aliéné, pourquoi? pour quelle cause?

Précisément, pour le prix d'acquisition de la rente!

Car le contrat de constitution de rente représente une sorte de vente à réméré, par lequel le débit-rentier vend, en effet, au crédit-rentier le droit d'exiger de lui des arrérages; c'est delà que sont venus ces mots de *rachat*, *racheter*, lorsque le débit-rentier, exerçant le réméré, rachète, contre le crédit-rentier, en lui remboursant le capital, la rente, qu'il lui avait vendue.

3° Enfin, on reproduit encore ici l'argument, qui consiste à dire que le débiteur du capital exigible est censé avoir payé le capital au créancier, qui lui-même est censé le lui avoir immédiatement rendu pour prix de la constitution de rente.

Si ces deux traditions avaient eu lieu, en effet, nul ne doute que la créance primitive aurait été éteinte par le payement, avec tous ses accessoires; or, il en doit en être de même dans l'opération, qui nous occupe, puisque ces deux traditions, supprimées seulement, en fait, comme inutiles, *celeritatis causâ*, doivent être considérées, en droit, comme ayant effectivement eu lieu (comp. Caen, 28 oct. 1826, Sirey, 1826, II, 261; Delvincourt,

t. II p. 164 et 779; Toullier, t. IV n°s 280 et 305; Duranton, t. XII, n°s 290 et 303; et t. XVI, n° 370; Marcadé, art. 1273, n° 11; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 217.)

295. — Que ces raisons soient *très-fortes*, nous ne le nierons pas.

Mais pourtant, elles ne nous paraissent pas *concluantes*.

Notre avis est donc que la novation ne résulte pas de la seule conversion d'un capital exigible en une rente perpétuelle:

1° Pothier lui-même reconnaissait que telle était, dans l'ancien Droit, la doctrine la plus générale. Plusieurs arrêts l'avaient consacrée; et le plus grand nombre des auteurs l'enseignaient.

Bourjon notamment était, à cet égard, très-ferme :

« Du principe qu'il faut que la novation soit expresse, il s'ensuit, disait-il, que si le créancier du contenu en une obligation la convertit en un contrat de rente, l'hypothèque de l'obligation subsiste toujours, encore que, par le contrat, il n'y ait pas réserve expresse de l'hypothèque, parce que le contrat de constitution n'est qu'une modification du premier engagement et non une extinction totale d'icelui ; et que le premier subsiste toujours, puisqu'il n'a pas été rempli, mais qu'il subsiste avec la modification qu'on en a faite, c'est-à-dire qu'il ne serait plus exigible et seulement remboursable à la volonté du débiteur. »

Et l'auteur ajoute, trop durement même, croyons-nous :

« C'est l'opinion commune ; l'opinion contraire ne pourrait se soutenir que par des subtilités, que la raison et l'équité rejettent. » (*Droit comm. de la France*, t. II p. 563 ; comp. Bretonnier, sur Henrys t. II p. 875 ; Poullain-Duparc, *Princ. du Droit Français*, t. VII p. 317 et suiv.)

2° Il s'en faut bien, en effet, que l'aliénation du

capital apparaisse, dans la constitution d'une rente perpétuelle, avec la même évidence que dans la constitution d'une rente viagère.

Qu'est-ce, après tout, que la constitution d'une rente perpétuelle, autre chose qu'une convention par laquelle le créancier s'interdit d'exiger le capital, qui lui est dû? (art. 1909), c'est-à-dire finalement, la concession d'un terme illimité, qui ne devra finir que lorsque le débiteur lui-même voudra rembourser le capital ou qu'il aura cessé de servir les arrérages pendant deux ans.

Or, aux termes de l'article 2039, la simple prorogation de terme accordée au débiteur principal, n'emporte pas novation.

Mais le capital est toujours là, l'élément producteur de ces arrérages, sans aucune altération ni diminution de sa substance!

Très-différente est la rente viagère, qui s'acquitte, au contraire, aux dépens du capital, lequel va s'altérant et diminuant d'année en année, parfois même jusqu'à l'épuisement! (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens : — De la Propriété et de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation*, t. I, n° 423 *ter* et t. II, n° 327.)

Nous avons d'ailleurs remarqué déjà que ces dénominations de *Vente* et de *Rachat*, que notre ancien Droit appliquait à la constitution de rente perpétuelle, étaient purement fictives, et qu'elles n'avaient été imaginées que pour éluder la règle, qui défendait le prêt à intérêt. (Comp. notre *Traité* précité n° 423 *bis*.)

En soi donc, la simple constitution en rente perpétuelle d'un capital exigible, ne nous paraît pas impliquer nécessairement, de la part des parties, l'intention de faire novation.

Cette convention se rapporte à l'exécution de la convention, sans l'altérer dans sa cause essentielle; et elle n'est, en définitive, qu'un mode de payement.

3° Quant à l'argument, qui consiste à dire que le

débiteur du capital doit être censé l'avoir payé au créancier, qui, de son côté, doit être censé l'avoir remis, *ex novâ causâ*, au débiteur, nous espérons l'avoir déjà suffisamment réfuté pour n'avoir plus à y revenir. (Comp. *supra* n° 292; Cass. 3 déc. 1817, D. Rec. alph. v° Vente, p. 896-897; Bordeaux, 23 mars 1832, Deltoral, D. 1832 II 97; Troplong, *De la Vente* t. II n° 649; Larombière, t. III, art 1273 n° 9.)

296. — Ce qui pourrait être vrai, toutefois, et nous sommes, pour notre part, disposé à admettre cet amendement, que M. Larombière propose, (*loc supra cit.*), c'est que la constitution d'un capital exigible en une rente perpétuelle devrait être considérée comme ayant opéré une novation, s'il résultait des circonstances que telle a été, en effet, l'intention des parties; comme si, par exemple, la convention primitive avait été dénaturée, ou même seulement modifiée, de manière à faire voir qu'elles ont voulu y substituer une convention nouvelle, par la diminution ou l'augmentation du capital, ou des sûretés accessoires.

Ce n'est là, en effet, que l'application du Droit commun. (Comp. *infra* n° 299.)

297. — C'est par les mêmes motifs aussi, suivant nous, qu'il faut décider que la novation ne résulte pas de l'acceptation, même sans réserves, par le créancier, de lettres de change ou autres effets, en payement de ce qui lui est dû.

Je vous vends mon immeuble 100,000 fr.; l'acte de vente porte que le prix m'est payé par vous en lettres de change, et que je vous en donne, en conséquence, quittance.

Les lettres de change n'etant pas payées à l'échéance, puis-je exercer encore, comme vendeur, mon privilége ou mon droit de résolution?

Nous le croyons ainsi.

La solution contraire compte néanmoins, dans la doctrine, des partisans considérables :

Les uns, décidant, d'une manière absolue, que la créance du prix de vente s'est éteinte nécessairement par *la dation en payement* de ces effets (comp. Delvincourt, t. II, p. 780; Grenier, *Des hypoth.*, t. II, n° 385; Persil, art. 2103, § 1er, n° 6);

Les autres, admettant qu'il en serait autrement, dans le cas où le vendeur n'aurait pas donné une quittance pure et simple, mais seulement une quittance conditionnelle, pour le cas où les effets seraient acquittés (comp. Duranton, t. XII, n° 287).

C'est même dans ce dernier sens que la jurisprudence semblait d'abord se former. (comp. Lyon, 29 mars 1833, Dev., 1834, II, 29; Bourges, 6 mai 1837, Vergne-Dugoulet, Dev., 1837, II, 439; Toulouse, 22 févr. 1840, Lacombe-Clarénes, Dev., 1840, II, 126).

Mais quel motif y a-t-il de supposer que le vendeur, qui reçoit des lettres de change, précisément pour arriver à être payé de sa créance, entend renoncer à cette créance pour le cas même où il ne serait pas payé!

Supposer une telle intention de sa part, n'est-ce pas présumer la novation, contrairement à l'article 1273?

N'est-il pas plus vraisemblable que ces lettres de change, il ne les accepte que comme un moyen d'exécution de la vente et seulement comme un mode de payement?

Assurément oui!

Aussi, en fait, d'après une pratique constante, le créancier n'est censé accepter ces sortes d'effets, que *sauf encaissement*.

Et, dès lors, en droit, la question est tranchée, ou plutôt elle disparaît!

C'est donc avec raison que la Cour de cassation décide que « des stipulations de cette nature ne sont point constitutives d'une créance nouvelle; — qu'elles ne sont relatives qu'au mode de payement du prix de vente.» (22 juin 1841, Barbaud, Dev., 1841, I, 473; comp.

Orléans, 6 sept. 1842, Dev., 1842, II, 391; Metz, 26 janv. 1854, Dev., 1854, II, 743; Lyon, 9 mars 1858, Dev., 1858, II, 523; Paris, 9 août 1857, Dev., 1859, II, 589; Caen, 20 juin 1859, Dev., 1860, II, 51; Merlin, *Répert. v° novation*, § 5; Pardessus, *Cours de dr. commerc.* T. I, n° 221; Troplong, *des priv. et hypoth* T. I, n° 199 *bis;* Martou, *Des priv. et hypoth.*, T. II, n°s 470 et 552; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 178 et t. IV, p. 218; Larombière, t. III, art. 1273, n° 13.

298. — Une autre difficulté peut toutefois s'élever, dans l'exemple que nous venons de fournir, d'un vendeur, qui a accepté, comme règlement de sa créance du prix de vente, des lettres de change ou des billets à ordre.

Cette acceptation, disons-nous, n'emporte pas novation.

Mais alors en vertu de quel titre le vendeur aura-t-il droit aux intérêts de son prix?

Si c'est en vertu de son titre de vente, il pourra invoquer l'article 1652 du Code civil, d'après lequel la créance du prix produit des intérêts de plein droit, ou du moins sur une simple sommation;

Si c'est en vertu de la lettre de change ou du billet à ordre, il ne pourra invoquer que les articles 184 et 187 du Code de commerce, d'après lesquels l'intérêt du principal de la lettre de change protestée n'est dû que du jour du protêt, et même, à défaut de protêt, du jour seulement de la demande en justice (art. 1153).

Nous pensons que, en général, et sous la réserve d'une convention contraire, expresse ou tacite, c'est d'après la nature du titre, que le créancier a accepté comme mode de règlement et de payement du prix de sa créance, que cette question des intérêts doit être résolue.

En conséquence, le vendeur n'aura droit aux intérêts qu'en vertu des articles 184 et 187 du Code de commerce, soit du jour du protêt, soit du jour de la demande en justice.

Il n'y a pas novation de sa créance !

Il est vrai ; et nous venons de le reconnaître.

Mais, du moins, y a-t-il une convention sur le règlement de cette créance et sur la manière dont elle sera soldée.

Or, ce que nous disons, c'est qu'il résulte de ce mode de règlement une convention spéciale, sur l'époque à laquelle les intérêts seront dûs (comp. Cass., 29 nov. 1852, Dalquié, Dev., 1852, I, 792 ; Cass., 13 juin 1853, Simon, Dev., 1853, I, 497 ; Larombière, t. III, art. 1273, n° 8).

299. — *b.* Nous avons dit, en second lieu, que, indépendamment même de toute incompatibilité entre l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle, la novation peut néanmoins avoir lieu, lorsque l'intention des parties de l'opérer, est manifestée clairement de tout autre manière (*supra*, n° 274).

Énoncer une telle proposition, c'est la démontrer !

Elle dérive, en effet, évidemment de la liberté des conventions, qui forme, dans notre droit, la règle générale, et de cette autre règle aussi, non moins générale, que nos conventions ne sont assujetties à aucune forme solennelle.

La commune volonté des parties, qui les a faites, peut donc toujours aussi les défaire (art. 1108, 1134).

En conséquence, les parties peuvent convenir que l'obligation, qui lie actuellement l'une d'elles envers l'autre, sera éteinte et remplacée par une nouvelle obligation ; et cela, lors même qu'il n'existerait pas d'ailleurs d'incompatibilité entre la première obligation et la seconde.

Qu'il ne faille pas alors surtout présumer la novation ; et que l'on doive, au contraire, se montrer plus difficile encore pour la reconnaître, cela est certain.

Mais, si on reconnaît que telle a été la commune intention des parties, cette convention doit, comme toute autre, faire leur loi commune.

Telle est notre novation française, très-différente de la novation romaine.

« Y aurait-il aujourd'hui un jurisconsulte, dit M. Gide, qui s'avisât de contester la novation, sous prétexte que la seconde créance ne diffère pas suffisamment de la première? » (*Des conditions de la novation, d'après les Institutions de Gaïus*, p. 63.)

Aujourd'hui, en effet, toute la question se résume en ces mots :

Les parties ont-elles voulu faire novation?

Si la réponse est affirmative, la novation est faite! (comp. *supra*, n° 241.)

Pothier semblerait, toutefois, exprimer une doctrine contraire :

« Lorsqu'il se fait, dit-il, une nouvelle convention entre le même le créancier et le même débiteur, sans l'intervention d'aucune nouvelle personne, quoiqu'il soit expressément déclaré par l'acte, qui contient le nouvel engagement, que les parties entendent faire novation, il faut, pour que la novation soit valable, que cet acte contienne quelque chose de différent de la première obligation, qui a été contractée.... Si le nouvel engagement fait sans l'intervention d'une nouvelle personne, ne contient rien de différent du premier, il est évident que ce nouvel engagement est inutilement contracté... » (n° 596.)

Cela est évident, en effet, à ce point qu'il n'est pas supposable qu'un tel exemple se présente et que les parties contractent, ensemble, un second engagement, qui serait, de tous points, semblable au premier.

A quoi bon?

Ce que nous voulons dire, c'est qu'un simple changement, qui, en soi, n'impliquerait aucune incompatibilité entre l'ancien engagement et l'engagement nouveau, pourra suffire pour opérer novation, si telle a été l'intention des parties; comme, par exemple, si le premier engagement avait été contracté sous une caution ou avec la

garantie d'une hypothèque, et que le nouvel engagement fût contracté sans caution ni hypothèque.

C'est ce que Pothier lui-même reconnaît. (*Loc. supra cit.*)

Et telle est aussi notre thèse (comp. Paris, 7 déc. 1814, Sirey, 1816, II, 91; Cass., 16 janv. 1828, Sirey, 1828, I, 294; Cass., 22 juin 1841, Barbaud, Dev., 1841, I, 473; Cass. 17 déc. 1862, Deligne, Dev., 1863, I, 247; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 218),

300. — II. Nous arrivons à la seconde espèce de novation, à celle qui s'opère par le changement du débiteur, l'une des novations *subjectives* (*supra*, n° 238).

Cette novation peut s'opérer de deux manières :

Soit par l'expromission;

Soit par la délégation.

301. — *a.* L'expromission est la novation, qui s'opère par l'intervention d'un nouveau débiteur, venant, le plus ordinairement, de lui-même, se substituer à l'ancien débiteur, lequel est, en conséquence, déchargé par le créancier.

Primus doit 10 000 francs à Secundus.

Je suis le parent ou l'ami de Primus; et sachant que cette dette l'embarrasse, je vais spontanément trouver Secundus; et je lui offre, s'il veut décharger Primus, de me constituer envers lui, débiteur, en son lieu et place.

Secundus accepte.

Et voilà *l'expromission* accomplie!

Ce mot est romain (comp. Inst., § 1, *De rer. div.*).

Mais nos anciens auteurs français l'avaient conservé (comp. Pothier, n° 583).

Et, quoiqu'il ne se trouve pas dans le Code, la doctrine a toujours continué à s'en servir; il exprime bien, en effet, le caractère de l'opération, qui vient de se passer.

Cette opération a écarté, elle a *exclu* l'ancien débiteur, Primus, dont je viens de prendre la place; et voilà com-

ment elle est une *expromission*, et comment je suis, moi, un *expromissor*.

Aussi, la novation résulte-t-elle nécessairement toujours de cette opération, qui implique l'exclusion de l'ancien débiteur et son remplacement par le nouveau! (Comp. Pothier, n° 583; Delvincourt, t. II, p. 567; Toullier, t. IV, n° 273; Duranton, t. XII, n° 308.)

302. — Supposons, en effet, que l'ancien débiteur ne soit pas déchargé, malgré le nouvel engagement, que le nouveau débiteur contracte.

Ce nouveau débiteur alors ne sera évidemment pas un *expromissor*.

Il sera un *adpromissor*, c'est-à-dire un débiteur venant s'adjoindre à l'ancienne obligation, sans l'éteindre; et tout au contraire, pour en assurer l'exécution, soit comme caution, soit comme codébiteur conjoint ou solidaire.

La nouvelle obligation n'aura pas remplacé l'ancienne.

L'une et l'autre existeront en même temps.

303. — En exposant le caractère de l'expromission, nous n'avons mis en scène que deux parties, à savoir : le créancier et le tiers, qui vient lui offrir de l'accepter pour nouveau débiteur, en déchargeant son ancien débiteur.

Mais cet ancien débiteur n'y a pas figuré.

Ce n'est pas que sa présence ne soit pas possible; et rien certainement ne s'oppose à ce qu'il intervienne aussi lui-même pour accepter sa libération.

Si nous ne l'y avons pas appelé, c'est que, en droit, il n'a pas un rôle nécessaire dans cet acte, et que, le plus souvent, en fait, on ne l'y voit pas figurer.

Voilà pourquoi l'article 1274 dispose que :

« La novation par la substition d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur. »

Et la novation ainsi opérée est, en conséquence, dès ce moment, parfaite et irrévocable :

Parfaite, en ce sens que l'ancien débiteur n'a pas besoin de l'accepter pour être libéré;

Irrévocable, en ce sens que le créancier et le nouveau débiteur, même d'accord, ne pourraient pas s'en départir à son préjudice.

304. — Mais pourtant, aux termes de l'article 1121, celui qui a fait une stipulation pour un tiers, peut la révoquer, tant que ce tiers n'a pas déclaré vouloir en profiter! (Comp. les art. 1211, 1261; et le t. I de ce *Traité.*)

Oui! une stipulation.

Mais ce n'est pas d'une stipulation qu'il s'agit; c'est d'une sorte de payement!

Or, aux termes de l'article 1236, une obligation peut être payée par toute personne, au nom et en l'acquit du débiteur;

Donc, un tiers qui pourrait libérer le débiteur à son insu, ou même malgré lui, par un payement, doit pouvoir aussi le libérer, à son insu, ou même malgré lui, par une novation, qui est un mode de payement.

C'est l'explication qu'en donnait Ulpien :

« *Liberat me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim.* » (L. 8 et 5, ff. *De novat.*)

Et, après lui, Pothier :

« La raison est que la novation, à l'égard du premier débiteur, ne renferme autre chose que l'acquittement de sa dette par la nouvelle que le tiers contracte à sa place; or, on peut acquitter la dette d'un autre, sans qu'il y consente. » (n° 598.)

305. — Peu importe que le nouvel engagement ait pour objet une prestation pareille à celle qui formait l'objet de l'ancien engagement.

Le changement de débiteur suffit pour opérer la novation!

Dans notre droit, en effet, le changement du débiteur, c'est, nécessairement, le changement de la dette! toutes les fois, bien entendu, que la personne du nouveau n'est

pas la continuation juridique de l'ancien, comme sont les héritiers ou successeurs universels. (Comp. *infra*, n° 314.)

306. — Mais l'ancien débiteur, libéré par le créancier, s'est porté caution du nouveau débiteur?

Peu importe encore, dès qu'il a été libéré comme débiteur principal.

Est-ce que ce cautionnement même n'atteste pas, de plus en plus, sa libération comme débiteur !

307. — Quant au recours, que le nouveau débiteur peut avoir à exercer contre l'ancien débiteur, pour lequel il s'est obligé envers le créancier, nous n'avons pas ici à nous en occuper.

Cette novation est, en effet, dans leurs rapports réciproques, assimilable à un payement que le tiers aurait fait au créancier, au nom et en l'acquit du débiteur.

Et il y a lieu, en conséquence, d'appliquer à cette libération par novation, *mutatis mutandis*, les règles que nous avons appliquées à la libération par payement, qu'un tiers aurait procurée au debiteur. (Comp. le t. IV, de ce traité, n°s 79 et suiv.; Larombière, t. III, art. 1274, n° 1.)

308. — *b*. La délégation est, avons-nous dit, la seconde forme de la novation, qui s'opère par l'intervention d'un nouveau débiteur. (*Supra*, n° 300.)

Primus est débiteur d'une somme de 10 000 francs envers Secundus.

Il va trouver son créancier, et lui propose d'accepter, pour cette même somme de 10 000 francs, l'engagement de Tertius, qui consent à s'obliger envers lui.

Secundus accepte ce nouveau débiteur, auquel Primus donne l'ordre ou le mandat de s'obliger envers son créancier, et qu'il lui *délègue*.

Et voilà, en effet, la délégation accomplie !

Trois personnes, comme on voit, y figurent :

1° L'ancien débiteur, qui, loin de rester dans l'ombre,

comme au cas d'expromission, en prend presque toujours l'initiative, et y joue le principal rôle ; on l'appelle le *déléguant ;*

2° Le nouveau débiteur, dont le rôle, consiste à contracter, envers le créancier, le second engagement ; c'est le *délégué ;*

3° Enfin, le créancier, envers lequel le nouvel engagement est contracté, et que l'on appelle le *délégataire*, comme on appelle *cessionnaire, adjudicataire* ou *donataire*, celui au profit duquel s'opère une cession, une adjudication, une donation.

309. — Eh bien ! donc, la délégation opère-t-elle novation ?

Il faut distinguer :

Non, si le créancier, en acceptant le nouveau débiteur, n'a pas déchargé l'ancien ;

Oui, si le créancier a dechargé l'ancien débiteur.

Dans le premier cas, la délégation est *imparfaite ;*

Et; dans le second cas, elle est *parfaite.*

C'est ainsi qu'on les appelle, l'une et l'autre, dans la doctrine et dans la pratique.

310. — Parlons d'abord du premier cas.

Il est réglé par l'article 1275, en ces termes :

« La délégation, par laquelle un débiteur donne au « créancier un autre débiteur, qui s'oblige envers le « créancier, n'opère point de novation, si le créancier « n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son « debiteur, qui a fait la délégation. »

Qu'il n'y ait pas novation, lorsque le créancier délégataire n'a pas déchargé le déléguant, cela est évident ! puisque la première obligation n'est pas eteinte. (Art. 1271, 2°.)

Il y a donc alors deux obligations, au lieu d'une, comme dans le cas de l'*adpromission*. (*Supra*, n° 302.)

C'est en ce sens que M. Jaubert disait, dans son *Rapport au Tribunat :*

« Autre chose est la novation; autre chose est la délégation. »

Et il ajoutait que, « lorsqu'il n'a pas expressément déchargé l'ancien débiteur » :

« Le créancier est censé n'avoir agréé le délégué pour débiteur que comme moyen de toucher plus facilement ce qui lui est dû, et non dans l'intention de libérer le déléguant. » (Locré, *Législat civ.*, t. XII,, p. 481.)

Peut-être aussi le déléguant, s'il était créancier du délégué, a-t-il trouvé lui-même, dans la délégation, un moyen plus facile de toucher ce qui lui était dû, en déléguant son débiteur à son créancier.

Quoi qu'il en soit des motifs, qui ont dirigé l'un ou l'autre, il n'y a là qu'une délégation imparfaite, qui n'opère pas novation.

311. — Nous ne croyons même pas que l'on puisse poser, comme règle générale, que le créancier délégataire devra d'abord demander son payement au tiers délégué, et qu'il ne pourra s'adresser au débiteur déléguant que subsidiairement, pour le cas où il ne l'aurait pas obtenu du premier.

Le délégataire pourrait donc choisir celui qu'il voudrait poursuivre, de l'ancien ou du nouveau débiteur.

Du moins, faudrait-il, pour qu'il en fût autrement, que l'intention des parties de ne faire désormais du déléguant qu'une espèce de caution du délégué, résultât, clairement, d'une manière expresse ou tacite, des termes de l'acte et des circonstances du fait. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 244 *bis*, I.)

312. — La délégation, même celle que nous appelons imparfaite, ne s'opère, d'ailleurs, bien entendu, qu'autant que le créancier l'accepte.

Il faut, dit notre texte, que le délégué *s'oblige envers le créancier*. (Art. 1275.)

Ce qui implique qu'il faut, en effet, que le créancier accepte cette offre d'obligation, pour que le contrat soit formé. (Art. 1108.)

L'acceptation, du reste, peut être tacite aussi bien qu'expresse; elle n'est soumise à aucune condition spéciale; et elle demeure sous l'empire des règles du droit commun, qui gouvernent les manifestations de volonté. (Comp. Montpellier, 1 août 1832, Dev., 1832, II, 426; Cass., 8 juill. 1834, Dev., 1834, I, 504; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 220.)

313. — Il est donc nécessaire, pour qu'il y ait novation, que le créancier délégataire ait déchargé le débiteur déléguant.

C'est le second cas que nous avons annoncé, celui de la délégation parfaite. (*Supra*, n° 309.)

L'article 1275 s'exprime sur ce point, en des termes qui ont fait naître quelques doutes :

« La délégation..... n'opère point novation...., *si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur, qui a fait la délégation.* »

Est-ce là seulement une application de l'article 1273, aux termes duquel :

« La novation ne se présume pas; il faut que la volonté « de l'opérer résulte clairement de l'acte. »

Ou, au contraire, l'article 1275 exige-t-il une manifestation de volonté plus spéciale, lorsqu'il s'agit de la novation par délégation?

Il semble, à première vue, difficile d'exiger quelque chose de plus que l'article 1273.

Que résulte-t-il, en effet, de cet article?

C'est que les magistrats ne doivent reconnaître l'*animus novandi*, que dans une manifestation certaine de volonté, et que si la loi n'impose pas d'expressions sacramentelles, du moins exige-t-elle toujours que cette manifestation soit exempte de toute équivoque;

Or, la raison et le bon sens ne sauraient admettre, à

ce point de vue, aucune différence entre la novation proprement dite et la délégation ;

Donc, la différence de rédaction entre l'article 1273 et l'article 1275, est plus apparente que réelle ; et le second ne doit être considéré que comme une conséquence et une application du premier. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 223 *bis* IV.)

Cette argumentation est très-sérieuse.

Et toutefois, notre avis est qu'il existe une différence entre la règle générale de l'article 1273 et la règle spéciale de l'article 1275.

Ce que le législateur a voulu spécialement par l'article 1275, c'est que l'on fût pas autorisé à reconnaître l'*animus novandi* dans le seul fait de l'acceptation par le créancier délégataire du nouvel engagement contracté, envers lui, par le débiteur délégué, sur l'ordre du débiteur déléguant ;

Lors même que ce nouvel engagement serait plus avantageux que l'ancien, fût-il, par exemple, garanti par une hypothèque que le tiers-délégué aurait constituée au profit du créancier. (Comp. Turin, 11 févr. 1811, Sirey, 1812, II, 282.)

Le changement de la dette, le créancier et le débiteur restant les mêmes, peut, comme nous l'avons vu, témoigner suffisamment de l'*animus novandi*, par l'incompatibilité, qui existe entre la dette ancienne et la dette nouvelle.

Eh bien ! voilà ce qui n'est pas possible, lorsqu'il s'agit de la novation par délégation.

En sus et en outre du nouvel engagement, il faut que le créancier déclare expressément qu'il décharge son ancien débiteur.

Expressément, disons nous, avec l'article 1275.

Ce qui ne signifie pas qu'il y ait, à cet égard, non plus de formule sacramentelle.

Mais d'où il résulte qu'une manifestation spéciale de volonté du créancier, est nécessaire.

Qu'il ait dit qu'il déchargeait son ancien débiteur, ou qu'il se contentait désormais de l'obligation du nouveau, il n'importe! dès qu'il a témoigné sans ambiguité, qu'il recevait la nouvelle obligation, en remplacement de l'ancienne. (Comp. Poitiers, 18 janv. 1864, Renaud, Dev. 1864, II, 198; Cass. 12 déc. 1866, Couret Dev. 1868, I, 70; Delvincourt, t. II, p. 569; Toullier, t. IV, n° 290; Duranton, t. XII, n° 309; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 220; Massé et Vergé, t. III, p. 446; Larombière, t. III, art. 1275, n° 6.)

314. — Mais aussi, lorsque, en effet, l'acceptation par le créancier du débiteur nouveau est accompagnée ou suivie d'une décharge donnée par lui à l'ancien débiteur, la novation est accomplie!

Et nous pouvons dire alors avec Ulpien :

« *Delegare est vice sua alium reum dare creditori....* » (L. 11, ff. *De novat.*)

La novation, disons-nous, est accomplie.

Et, par conséquent, la première dette est éteinte, remplacée absolument par la seconde;

La seconde, fût-elle contractée dans les mêmes conditions que la première, dans sa cause et dans son objet, et dans toutes ses garanties et modalités accessoires.

Mais pourquoi dire alors que la première est éteinte?

Pourquoi ne pas dire, plus simplement, qu'elle est cédée, qu'elle est transférée passivement de l'un à l'autre, de la tête de l'ancien débiteur sur la tête du débiteur nouveau ?

Ah! c'est que notre Code n'a pas admis la *cession des dettes*, comme il a admis la *cession des créances!*

D'où il résulte qu'un changement de débiteur est nécessairement, chez nous, un changement de dette!

Notre honoré collègue, M. Gide, a fait cette remarque :

« On pourrait, dit il, s'étonner à bon droit que notre Code civil, qui a admis la succession aux créances, n'ait pas également admis la succession aux dettes, et ait vu une novation dans le changement de débiteur. »

Les législations allemandes, au contraire, ont admis une véritable succession aux dettes ; la dette reste la même ; il n'y a de changé que la personne du débiteur ; résultat qui paraît plus conforme, soit à l'intention des parties, soit aux besoins du commerce. (*Du caractère de la novation en Droit romain*, p. 40.)

315. — Aux termes de l'article 1276 :

« Le créancier, qui a déchargé le débiteur, par qui a été « faite la délégation, n'a point de recours contre ce dé- « biteur, si le délégué devient insolvable ; à moins que « l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le « délégué ne fût déjà en faillite ouverte ou tombé en dé- « confiture, au moment de la délégation. »

Cette disposition est conforme aux traditions anciennes.

« Régulièrement, disait Pothier, le déléguant est pleinement libéré envers le créancier ; et le créancier n'a aucun recours contre lui, dans le cas auquel le nouveau débiteur à lui délégué deviendrait insolvable ; le créancier, en acceptant la délégation, a suivi la solvabilité du débiteur, qui lui était délégué ; *nomen ejus secutus est.* » (n° 604.)

Telle est aussi la règle moderne, qui n'est elle-même qu'une application du droit commun, d'après lequel la novation éteint, en effet, la première dette avec tous ses accessoires, priviléges, hypothèques ou cautionnement, pour ne laisser au créancier que la dette nouvelle, qui l'a remplacée.

Ce n'est donc plus qu'en vertu de cette nouvelle dette, et contre son nouveau débiteur, que le créancier peut agir ;

Sans pouvoir exercer de recours contre l'ancien, lors même que le nouveau serait insolvable.

316. — A cette règle toutefois, l'article 1276 apporte deux exceptions, que notre ancien droit avait également admises.

La première a lieu dans le cas où le créancier s'est expressément réservé ce recours, c'est-à-dire lorsque le créancier n'a accepté le nouveau débiteur qu'aux risques de l'ancien débiteur.

Cette convention, bien entendu, est licite ; et elle fait alors la loi des parties (art. 1134).

On l'expliquait autrefois scientifiquement, en disant que la délégation faite avec cette clause, en même temps qu'elle renferme une obligation de la part du nouveau débiteur, renferme aussi, de la part de l'ancien débiteur, qui se trouve libéré, un mandat par lui donné au créancier de se faire payer par le tiers, qu'il lui délègue.

D'où résulte, au profit du créancier mandataire, *l'actio mandati contraria*, afin d'être indemnisé par le débiteur mandant de ce qu'il lui en a coûté pour avoir accepté ce mandat ;

Or, il lui en a coûté la somme, dont il n'a pu être payé par le tiers délégué ;

Donc, il doit en être indemnisé par le mandant,

317. — Aussi, faut-il que le créancier ait fait les diligences nécessaires pour obtenir le payement du tiers délégué, et que le débiteur déléguant ne puisse, à cet égard, lui reprocher aucune négligence.

Ce que nous pouvons expliquer également, d'une façon logique, par les règles du mandat. (art. 1999.)

318. — La seconde exception a lieu, dans le cas où la délégation, ayant même été faite purement et simplement, le délégué se trouvait déjà, au moment où elle a été faite, en faillite ouverte ou en déconfiture.

Il y en a deux motifs : l'un, de droit ; l'autre, d'équité.

En droit, on peut dire que le caractère de l'opération, dont il s'agit, est tel, qu'il est permis d'admettre, pour un tel cas, une réserve tacite de la part du créancier.

Quel est le but, que le créancier, en général, se propose dans la délégation ?

Est-ce un but de trafic et de spéculation, comme celui qui anime les acheteurs de créances ?

Nullement !

Ce qu'il veut, c'est de recevoir ce qui lui est dû, ni plus, ni moins !

On comprend donc que, à la différence du cessionnaire d'une créance, envers lequel le cédant n'est pas garant de la solvabilité du débiteur cédé (art. 1694), le débiteur déléguant soit garant, envers le créancier délégataire, de la solvabilité actuelle du délégué. (Arg. de l'art. 886 ; comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 374.)

En équité, comment prétendre qu'un débiteur s'est valablement libéré envers son créancier, lorsqu'il lui a remis en paiement une prétendue créance, qui n'a aucune valeur

Vous me deviez 1 000 fr. ; vous m'avez remis un titre, qui, au moment même où vous me le remettiez, ne valait pas 100 fr.

Et vous dites que nous sommes quittes !

Oh ! certes, Pothier avait raison de dénoncer *l'iniquité d'une telle convention* ! (n° 604.)

Il faut donc réparer cette iniquité, au moyen d'un recours qui peut se justifier par une réserve tacite, que le créancier est présumé avoir stipulée pour ce cas.

C'était la doctrine de Cujas, (sur la loi 26, § 2, ff. *Mandati*).

Elle avait prévalu dans notre ancien droit, malgré le dissentiment de Despeisses, que Pothier lui-même ne nous paraît pas réfuter, sur ce point, avec une conviction assez ferme !

519. — Remarquons d'ailleurs les deux cas précis, dans lesquels ce recours peut seulement s'ouvrir au profit du délégataire, à savoir : dans le cas où le délégué

était déjà, au moment de la délégation, *en faillite ouverte ou tombé en déconfiture*.

D'une part, le déléguant ne répond donc pas de la solvabilité future du délégué ;

D'autre part, quant à la solvabilité actuelle, il ne s'agit pas d'une situation plus ou moins compromise, d'un crédit déjà plus ou moins chancelant.

Non !

Ce que la loi exige, c'est que la faillite ou la déconfiture du délégué existassent déjà comme un fait accompli.

320. — *Au moment de la délégation*, dit notre texte ;

En supposant que la novation s'est opérée en même temps que la délégation.

Ce serait : *au moment de la novation*, qu'il faudrait dire, si on supposait que la novation ne s'est pas opérée en même temps que la délégation. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 222.)

321. — Mais le créancier avait, au moment de la délégation, connaissance de la faillite ou de la déconfiture du délégué !

Oh ! alors, il ne pourra exercer aucun recours contre le débiteur déléguant.

Volenti non fit injuria, disait Pothier, qui lui refusait, dans ce cas, tout recours. (n° 604.)

C'est aussi ce que suppose virtuellement l'article 1276, comme M. Jaubert l'a déclaré, dans son *Rapport au Tribunat*. (*Législat. civ.* t. XII, p. 481 ; comp. Duranton, t. XII, Locré, n° 325.)

322. — Quant au débiteur déléguant, il n'importe nullement qu'il eût ou qu'il n'eût pas connaissance de la faillite ou de la déconfiture du délégué.

Le recours du créancier, dans ce cas, n'a pas pour cause un dol quelconque du déléguant ; il a pour cause une réserve tacite, du créancier, en prévoyance de la lésion, que son erreur, à cet égard, pourrait lui causer. (Comp

Merlin, Répert. v° *Delegation*, § 2; Duranton, *loc. supra cit.*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 222.)

323. — Le créancier a donc un recours contre le déléguant, dans les deux cas d'exception, que nous venons d'exposer.

Mais quelle est la nature de ce recours ?

Est-ce son ancienne créance, qui renaît contre le déléguant, avec les accessoires, priviléges et hypothèques, dont elle était munie ?

Est-ce, au contraire, seulement un recours en garantie, ouvrant, à son profit, une action nouvelle, qui n'a rien de commun avec son ancienne action, et qui n'est pas, dès lors, pourvue des garanties, que celle-ci pouvait avoir ?

M. Colmet de Santerre enseigne que c'est l'ancienne créance, qui renaît. (T. V, n° 234 *bis*, 11.)

Le créancier a-t-il fait la réserve d'un recours? ce mot même, dit notre savant collègue, implique l'idée de la retenue, de la rétention d'une partie du droit, qu'il a aliéné ; et le créancier doit être présumé avoir, en effet, voulu retenir le droit d'agir, s'il y avait lieu, en vertu de son ancienne créance, à laquelle il n'a renoncé que sous cette condition, sous cette *retenue.*

Le délégué était-il, au moment de la délégation, en faillite ouverte ou en déconfiture? la délégation est alors rescindée pour cause d'erreur et de lésion ; or, la rescision remet les choses au même état que si l'acte rescindé n'avait jamais existé. (art. 1117, 1304 et suiv.)

Nous ne pensons pas, toutefois, que cette solution soit exacte ; et, à notre avis, ce n'est qu'un simple recours en garantie, qui appartient, dans l'un comme dans l'autre cas, au créancier délégataire :

1° Telle était la doctrine ancienne; nous avons rappelé déjà que Pothier l'expliquait scientifiquement par l'existence d'un mandat, que le déléguant est censé avoir donné au délégataire ; et qu'il ne voyait, en conséquence,

dans le recours de celui-ci, que l'ACTION CONTRAIRE DE MANDAT, action nouvelle, et pure et simple. (Comp. *supra* n° 316).

Or, il est vraisemblable que les rédacteurs de notre Code, qui ont emprunté à Pothier la disposition de l'article 1276, l'ont aussi conçue dans le même esprit.

2° Cela est, en effet, d'autant plus vraisemblable, que le texte même de cet article en est bien l'exacte expression.

A quoi s'applique la réserve, que le créancier a pu faire? à quelle action?

A un recours, que le délégataire pourra exercer contre le déléguant.

Or, ce mot placé, comme il est, dans l'article 1276, nous paraît avoir pour but de reproduire la règle ancienne, d'après laquelle le délégataire n'avait, en effet, qu'un recours en garantie, dans les deux cas d'exception, où le déléguant répondait, envers lui, de l'insolvabilité du délégué.

La délégation demeurait donc parfaite, même dans ces deux cas; elle n'était ni résolue, ni rescindée!

Seulement, le délégataire pouvait *se faire indemniser* par le déléguant jusqu'à concurrence de la perte, *que lui causait l'insolvabilité du délégué;* c'était aussi le mot de Pothier.

Telle doit être encore, suivant nous, la doctrine moderne. (Comp. Duranton, t. XII, nos 327-328; Marcadé, art. 1276, n° 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 222; Larombière, t. III, art. 1276, n° 2.)

324. — Nous arrivons à une autre difficulté, qui peut paraître plus délicate.

Le délégué ne s'est obligé, envers le délégataire, que dans la fausse croyance qu'il était lui-même débiteur du déléguant.

Et voici que, après avoir découvert son erreur, il agit contre le délégataire pour se faire décharger de l'obliga-

tion, qu'il a contractée envers lui, s'il ne l'a pas encore payé, ou, dans le cas contraire, pour obtenir la répétition de ce qu'il lui a payé?

Est-il fondé?

Plusieurs jurisconsultes enseignent qu'il faut appliquer à cette hypothèse l'article 1377, qui est ainsi conçu :

« Lorsque une personne, qui, par erreur, se croyait « débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répé- « tition contre le créancier.

« Néanmoins, ce droit cesse dans le cas où le créan- « cier a supprimé son titre par suite du payement, sauf « le recours de celui qui a payé, contre le véritable dé- « biteur. »

Or, dit-on, il y a, sous ce rapport, analogie, entre le délégué qui s'est obligé, par erreur, envers le délégataire, et le tiers, qui, par erreur, a payé, en son propre nom, la dette d'un autre.

Donc, il faut y appliquer la même solution, et décider que le délégué pourra, en effet, exercer une action en répétition contre le délégataire, à moins que celui-ci n'ait, de bonne foi, supprimé son titre. (comp. Duranton, t. XII, n° 330; Larombière, t. III, art. 1275, n° 4; Mourlon, *Revue pratique*, t. XVIII, p. 516.)

323. — Telle n'est pas notre doctrine.

Nous croyons, au contraire, pouvoir démontrer que le délégué n'en demeure pas moins, dans ce cas, irrévocablement obligé envers le délégataire :

1° D'abord, l'autorité des traditions n'est pas moins certaine sur cette question que sur celle qui précède.

En Droit romain, Paul était fort explicite. (dans la loi 12, ff. *De novat.*)

Et telle était aussi, dans notre ancien Droit, la solution très-ferme de Pothier. (n° 502.)

2° Les articles de notre Code, 1275 et 1276, nous paraissent l'avoir consacrée.

Ces articles, en effet, ne subordonnent pas la validité de la délégation à la condition que le délégué sera le débiteur du déléguant.

Ce qu'ils exigent uniquement, c'est que le délégué s'oblige envers le délégataire.

Par conséquent, le délégataire, dès que le délégué s'oblige envers envers lui, n'a point à vérifier si, oui ou non, le délégué est débiteur du déléguant, ni à s'enquérir des rapports juridiques, qui peuvent exister entr'eux.

3° Cet argument sert, en même temps, à repousser l'assimilation, que l'on a prétendu établir entre notre hypothèse et celle de l'article 1377.

Dans l'hypothèse de l'article 1377, c'est un tiers, qui vient payer, en son propre nom, au créancier, la dette d'un autre, qu'il croit, par erreur, être la sienne. Si ce tiers est en faute de se tromper, il faut bien reconnaître aussi que le créancier n'est pas lui-même exempt de faute; car ce tiers n'était pas son débiteur; et dès qu'il lui offrait le payement en son propre nom, le créancier aurait dû le refuser.

Très-différente est l'hypothèse de la délégation !

Ce n'est pas, en son propre nom, que le tiers s'est obligé envers le créancier; c'est au nom du débiteur, de celui qui était, en effet, véritablement le débiteur; et, par conséquent, le créancier, en l'acceptant dans de telles conditions, n'a commis aucune faute, puisque précisément il n'avait pas à s'occuper de savoir si le délégué était débiteur du déléguant.

Il ne serait donc pas juste qu'il fût victime d'une erreur, qui n'est imputable qu'au délégué; et c'est le cas de dire :

« *Inter errantem et patientem nulla est dubitatio.* »

Aussi, concluons-nous que le délégué demeurera obligé envers le délégataire, sauf, bien entendu, son recours contre le déléguant, s'il n'est pas, en effet, dé-

biteur de celui-ci. (Comp. Bordeaux, 2 avril 1835, Dev. 1835, II, 391; Cass., 7 mars 1855, de Saint-Michel, Dev., 1855, I, 517; Cass., 24 janvier 1872, Méry, Dev., 1872, I, 31; Merlin, Répert. *V° Délégation*, n° 3; Toullier, t. IV, n° 291; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 212 et 735).

526. — Ces arguments sont tels, suivant nous, qu'ils ne comportent pas de distinction entre la délégation parfaite et la délégation imparfaite.

En conséquence, nous appliquerions la solution qui précède, au cas même où le délégataire, envers lequel le délégué s'est obligé, n'aurait pas déchargé le déléguant.

Il est vrai que les arrêts et les auteurs, que nous venons de citer, semblent supposer toujours que le créancier délégataire a déchargé le déléguant.

Mais cela peut s'expliquer par cette raison très-simple que la question n'y est discutée et résolue qu'à l'occasion de la délégation parfaite, de la seule, en effet, dont nous nous occupons nous-même en ce moment.

Quoiqu'il en soit, notre avis est qu'il n'y a pas lieu, sur ce point, de distinguer entre l'une et l'autre; et que, dans le cas même où le délégataire n'aurait pas déchargé le déléguant, le délegué n'en demeurerait pas moins obligé envers lui, sauf son recours contre le déléguant, s'il venait ensuite à reconnaître qu'il n'était pas son débiteur.

Ne se peut-il pas, en effet, que le créancier délégataire n'ait accordé un terme au déléguant que sous la condition et sur la foi de l'engagement, que le délégué a contracté envers lui!

C'est ainsi, en effet, que les choses se passent presque toujours.

Et si maintenant le déléguant est insolvable, est-il juste que le délégataire soit victime de l'erreur du délégué!

527. — Faut-il excepter de la solution, que nous ve-

nons de proposer, le cas où le délégué se serait engagé, envers le délégataire, à lui payer une dette déterminée, dont il se considérait comme débiteur du déléguant?

Tel est le sentiment de MM. Aubry et Rau :

« Les actions en répétition... peuvent, disent-ils, au cas où, par suite de cession ou de délégation d'une créance déterminée, le payement a été fait entre les mains du cessionnaire ou du délégataire, être formées contre ces derniers, qui ne sont pas admis à les repousser, sous le prétexte que, ayant reçu ce qui leur était dû, l'auteur du payement n'a de recours à exercer que contre le cédant ou le déléguant. » (Sur Zachariæ, t. IV, p. 743).

Cette assimilation entre la cession et la délégation est-elle exacte?

Nous ne le croyons pas.

Que le cessionnaire n'ait pas, en général, contre le cédé plus de droits que le cédant, cela est évident! (art. 1693; comp. Paris, 5 févr. 1848, Aubry, Dev. 1848, I, 155).

Mais précisément, nous venons de reconnaître qu'il peut n'en être pas ainsi du délégataire à l'encontre du délégué, et que celui-ci, au contraire, peut demeurer débiteur du délégataire, envers lequel il s'est obligé, quoiqu'il ne soit pas débiteur, comme il a cru par erreur qu'il l'était, envers le déléguant.

Or, le seul fait que le délégué se serait obligé envers le délégataire, à lui payer une dette déterminée, dont il croyait, par erreur, être tenu envers le déléguant, ce seul fait, disons-nous, suffirait-il pour qu'il ne fût pas tenu envers le délégataire; après son erreur découverte?

C'est ce qu'il nous serait difficile d'admettre; car le délégataire, pas plus dans ce cas que dans les autres, n'avait à vérifier l'existence et la validité de cette dette, que le délégué s'obligeait, directement et personnellement, à lui payer.

Du moins, faudrait-il, suivant nous, qu'il fût prouvé,

en fait, que le délégué avait subordonné l'obligation, qu'il contractait envers le délégataire, à la condition qu'il était, en réalité, tenu de cette dette envers le déléguant.

528. — Nous avons toujours supposé, dans les explications, qui précèdent, que si le délégué n'était pas débiteur du déléguant, le déléguant, lui! était débiteur du délégataire.

Ce qui autorisait celui-ci, en effet, à repousser l'action en répétition formée contre lui par le délégué, en disant: *meum recepi!*

Mais supposons, au contraire, que le déléguant lui-même ne soit pas débiteur du délégataire.

Il a cru, par erreur, qu'il lui devait 10 000 fr.; et il ne lui devait rien.

Ou il a voulu lui faire une donation de 10 000 fr...., *cui donare volebat*, disait Julien, en prévoyant ce cas.

Et il lui a délégué un tiers, qui se croyait, envers lui, debiteur de pareille somme.

Mais ce tiers se trompait; et il ne devait rien à celui, qui le déléguait ainsi, soit à un faux créancier, soit à un donataire.

Ce faux créancier ou ce donataire pourra-t-il prétendre que le délégué n'en demeure pas moins obligé envers lui, quoiqu'il ne se soit obligé que dans la fausse croyance qu'il était débiteur du déléguant?

Non, répondaient Julien et Ulpien (L. 7, ff., *de Doli except.*; L. 2, § 4, ff., *de Donationibus*);

Non, répondait Pothier (n° 602).

Et c'est encore non, croyons-nous, qu'il faut répondre, par le même motif, très-juridique et très-équitable, qu'en donnaient nos anciens, que, dans ce cas, le délégué *certat de damno vitando,* tandis que le délégataire *certat de lucro captando.*

Il faut donc appliquer la règle :

« *Melius est favere repetitioni quam adventitio lucro.* »

329. — « Dans le cas même de délégation parfaite, emportant novation, dit M. Larombière, le délégataire n'est saisi, à l'égard des tiers, de même que le cessionnaire, que par l'acceptation du délégué dans un acte authentique (art. 1690). Et ces tiers sont soit les autres créanciers du déléguant, soit de nouveaux délégataires ou cessionnaires. Mais il est également saisi par la signification, qu'il fait de la délégation au délégué, soit pour suppléer son acceptation, soit pour la compléter, à l'égard des tiers, si elle a eu lieu seulement par acte sous signature privée. » (T. III, art. 1276, n° 4; comp. Toullier, t. IV, n° 88; Duvergier, *h. l.*, note *a;* Agen, 2 déc. 1851, Laudet, Dev. 1851, II, 678).

Est-il juridique pourtant de poser, en principe, que l'article 1690, qui ne s'applique qu'à la cession, doit être aussi appliqué à la délégation?

La délégation est un mode d'extinction de la dette, à l'instar du payement; et le délégué, après s'être obligé envers le délégataire, se trouve libéré par la quittance du déléguant, de même que s'il l'avait payé.

Or, le débiteur, qui a payé, est libéré même envers les tiers, sans l'emploi de la formalité prescrite par l'article 1690.

Car, dans l'un comme dans l'autre cas, la dette n'est pas cédée; elle est éteinte! (art. 1234 et 1271).

Ce qui est vrai, c'est que les tiers peuvent être fondés à critiquer le payement et à soutenir qu'il doit être, en ce qui les concerne, regardé comme non avenu, lorsqu'il leur a causé un préjudice injuste, en les induisant en erreur, par une faute imputable à celui qui a payé (arg. de l'art. 2031; comp. le tome IV de ce Traité, nos 83 et 381).

Ce tempérament, qui résulte des principes du Droit commun, est, bien entendu, applicable en matière de délégation.

Mais il nous paraîtrait devoir suffire (comp. Pothier, n° 605).

330. — III. Enfin, la troisième espèce de novation a lieu :

« Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé » (art. 1271-3°).

Cette dernière espèce de novation *subjective*, est celle qui présente, avec le transport-cession, le plus de ressemblance.

Très-grande pourtant est la différence entre ces deux opérations !

Et il importe de bien examiner le caractère de la convention qui a eu lieu entre les parties, et la véritable intention qui la leur a inspirée.

Il y a, d'ailleurs, un moyen sûr de la reconnaître.

Dans la cession, comme aussi même dans le payement avec subrogation, la créance n'est pas éteinte.

Tandis, que dans la novation, la créance est éteinte et remplacée par une créance nouvelle.

C'est, en effet, par l'extinction du premier engagement et par la formation du second engagement, que cette espèce de novation se distingue des autres opérations, avec lesquelles on pourrait, à première vue, la confondre (comp. Pothier, n° 584; Toullier, t, IV, n°s 274 et 277; Duranton, t. XII, n°s 283, 284; Larombière, t. III, art. 1276 n° 3; Colmar, 8 juin 1810, Sirey, 1812, II, 381).

331. — Voilà donc les trois espèces de novation.

Nous avons déjà remarqué qu'elles ne sont pas exclusives l'une de l'autre, et que, tout au contraire, elles peuvent être réunies et combinées ensemble, comme il convient aux parties, à leurs besoins et à leurs intérêts.

Le meilleur résultat, que le législateur puisse se proposer, au point de vue juridique et économique, dans les institutions du droit privé, est assurément celui qui offre

aux parties le moyen de faire un grand nombre d'opérations avec le plus petit déplacement possible de capitaux, c'est-à-dire finalement avec les mêmes capitaux.

Or, c'est par cet avantage, en effet, que la novation se recommande!

II.

QUEL EST L'EFFET DE LA NOVATION.

SOMMAIRE.

332. — L'effet de la novation est d'éteindre la dette de la même manière qu'elle le serait par un payement réel.
333. — Suite.
334. — L'inexécution de la seconde dette ne fait pas revivre la première. — Explication.
335. — Le créancier peut toutefois stipuler une condition résolutoire pour le cas où le nouvel engagement ne serait pas exécuté.
336. — L'extinction de la première dette entraîne l'extinction de toutes les garanties accessoires, qui s'y trouvaient attachées.
337. — Suite.
338. — Suite.
339. — La novation opérée entre le créancier et la caution, libère-t-elle le débiteur principal?
340. — La novation opérée entre le créancier et l'une des cautions, libère-t elle les autres cautions?
341. — Que faut-il décider, sur la même question, dans le cas où les cautions sont solidaires?
342. — Par exception au principe général, qui vient d'être posé, le créancier peut réserver, pour la nouvelle créance, les priviléges et hypothèques de l'ancienne.
343. — Mais cette réserve n'est possible que sous la condition qu'elle ne sera jamais préjudiciable aux droits acquis par les tiers. — Explication.
344. — La réserve des priviléges et hypothèques de l'ancienne créance doit être faite par le contrat même de novation.
345. — Il faut que cette réserve soit faite *expressément*. — Quel est le sens de ce mot?
346. — Dans quels cas la réserve des priviléges et hypothèques de l'ancienne créance peut-elle être faite? — Exposition.
347. — Il importe d'examiner séparément deux hypothèses. — I. Celle qui est régie par l'article 1278; — II. Celle qui est régie par l'article 1280.
348. — I. Cette première hypothèse est celle où la novation s'opère entre le créancier et tout autre qu'un co-débiteur solidaire ou un débiteur principal, qui a fourni une caution. — Du cas où la novation s'opère entre le même créancier et le même débiteur, sans l'intervention d'une nouvelle personne.

349. — Suite.
350. — Suite.
351. — Suite.
352. — L'article 1278, qui est certainement applicable à la novation, qui s'opère entre le même créancier et le même débiteur, par le changement de la dette, doit-il être aussi appliqué à la novation, qui s'opère par le changement de débiteur, *à l'expromission?* — Exposition.
353. — Suite.
354. — Suite. — La réserve de l'hypothèque de la première créance peut être consentie par un acte sous signature privée.
355. — Suite.
356. — Suite.
357. — Suite.
358. — II. La seconde hypothèse, qui fait l'objet de la disposition spéciale de l'article 1280, est celle où il existe des co-débiteurs solidaires.
359. — Exposition. — Critique.
360. — Suite. — Existe-t-il une contradiction entre l'article 1251-3° et l'article 1280?
361. — L'article 1280 est-il applicable au cas d'une novation entre le créancier et le débiteur principal, qui lui a fourni une caution?
362. — Est-il applicable à la *caution réelle*, c'est-à dire au tiers, qui a consenti, au profit du créancier, une hypothèque sur son immeuble, sans s'obliger personnellement?
363. — Est-il applicable au cas où la novation est faite par le créancier avec un tiers *expromissor* tout à fait étranger à la dette?
364. — Les engagements personnels de ceux qui étaient tenus de la première dette, ne peuvent pas être, sans leur consentement, réservés pour la seconde dette.
365. — Suite.
366. — Suite.
367. — Suite.

332. — « L'effet de la novation, dit Pothier, est que la première dette est éteinte de la même manière qu'elle le serait par un payement réel » (n° 599).

Ce principe est toujours vrai.

La novation est un mode d'extinction des obligations, à l'égal du payement (art. 1234, 1271).

333. — Le droit du créancier dérive donc désormais uniquement de la seconde dette, qui a remplacé la première.

Tel est, à présent, son seul titre.

C'est ainsi que, pour savoir s'il a droit aux intérêts et à

quel taux, il n'y a pas à s'enquérir de la première dette, dont les intérêts, si elle en produisait, ont cessé de courir, puisqu'elle est éteinte. (L. 18, ff. *De novat.*)

Cette question ne peut être décidée que d'après les conditions dans lesquelles la seconde dette a été contractée.

Voilà comment les intérêts seront ceux d'une dette commerciale, si c'est, en effet, une dette commerciale qui a été substituée à une dette civile; de même que réciproquement, les intérêts seront ceux d'une dette civile, si c'est une dette civile, qui a été substituée à une dette commerciale (comp. Cass., 24 mars 1841, Robles, Dev., 1841, II, 643).

334. — L'inexécution même de la seconde dette ne ferait pas revivre la première, en supposant, bien entendu, comme nous le supposons, que la seconde a été valablement contractée.

C'est d'une manière absolue, que l'article 1234 dispose que la novation est un mode d'extinction des obligations.

Il ne la présente pas comme un mode d'extinction plus ou moins provisoire, subordonné à un événement ultérieur quelconque.

Non ! il la met au même rang que le payement; et c'est en effet, comme le payement, d'une manière absolue et définitive, qu'elle éteint l'obligation (comp. *supra*, n° 332).

Que le créancier donc agisse, suivant le droit commun, en vertu de la seconde dette.

Et, à défaut de l'exécution effective, s'il ne peut pas l'obtenir, qu'il conclue à l'exécution par équivalent, au moyen de dommages-intérêts (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 221; Larombière, t. III, art. 1278, n° 5).

335. — Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que

le créancier eût stipulé, dans le contrat de novation, une condition résolutoire pour le cas où le nouvel engagement ne serait pas exécuté et ne lui procurerait pas son payement.

Cette stipulation, qui n'a rien d'illicite, nous paraît autorisée par le principe de la liberté des conventions.

Le créancier a bien pu ne vouloir renoncer à sa première créance que sous la condition qu'il serait effectivement payé au moyen de la seconde créance, qu'il consentait à y substituer.

Si donc, après une telle stipulation, la seconde obligation n'est pas exécutée, la première doit revivre, par l'accomplissement de la condition résolutoire, comme si elle n'avait pas été éteinte (comp. Larombière, t. III, art. 1281 n° 4; Colmet de Santerre, t. V, n° 228 *bis*, III).

556. — L'extinction de la première dette entraîne, bien entendu, l'extinction de toutes les garanties accessoires, qui s'y trouvaient attachées.

« *Novatione legitime factâ*, disait Paul, *liberantur hypothecæ et pignus....* » (L. 18 ff. *De novat.*)

Voilà ce que dit aussi l'article 1278 :

« Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés. »

Nous allons revenir sur cette réserve, qui est une exception.

La règle est l'extinction, par la novation, des priviléges et hypothèques de l'ancienne créance. (Ajout. art. 2180.)

557. — Pareillement, la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, libère les autres codébiteurs (art. 1281 1er alinéa; comp. le t. IV de ce *Traité*, n° 393.)

558. — Comme la novation opérée à l'égard du débiteur principal, libère les cautions (art. 1281, 2e alinéa; rt. 2034).

339. — Mais la novation opérée entre le créancier et la caution, libère-t-elle le débiteur principal?

Oui, sans doute, aussi, elle le libère, si la novation a été faite d'une manière absolue, *in rem*, comme auraient dit les Romains, à l'effet d'éteindre la dette elle-même, et non pas seulement de dégager la caution de son cautionnement (comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 229 *bis* II).

Mais cette hypothèse ne sera pas ordinaire; car il n'est pas vraisemblable que la caution consente à se charger seule de tout le poids de la dette nouvelle, pour décharger le débiteur principal.

La novation faite par elle avec le créancier, aura le plus souvent pour unique but de la décharger elle-même de son cautionnement.

Aussi, l'article 1280, prévoyant seulement cette hypothèse, dispose que la novation faite à l'égard du débiteur principal libère la caution; mais il ne dispose pas, en sens inverse, que la novation faite à l'égard de la caution, libère le débiteur principal.

Si l'accessoire, en effet, ne peut plus subsister après l'extinction du principal;

Le principal, au contraire, peut subsister après l'extinction de l'accessoire.

340. — De même que l'une des cautions peut subsister après l'extinction de l'autre, lorsqu'il y en a plusieurs.

D'où il suit que la novation faite à l'égard de l'une des cautions, dans le but de la dégager de son cautionnement, ne libère pas les autres.

341. — Mais pourtant si la caution, avec laquelle le créancier a fait novation, était solidaire?

Cette novation ne devrait-elle pas libérer le débiteur principal et les autres cautions?

Pas davantage! suivant nous.

1° D'abord le texte manque.

Le premier alinéa de l'article 1281, en effet, dispose

seulement que la novation faite entre le créancier et *l'un des débiteurs solidaires*, libère les autres *codébiteurs* ;

Or, il ne s'agit pas d'un *co-débiteur*, mais bien d'une *caution;*

Donc, l'article 1281, dans son premier alinéa, ne lui est pas applicable.

2° C'est que la caution, même solidaire, n'en est pas moins toujours une caution.

« La solidarité, dit très-justement la Cour de cassation, ne change pas sa nature et modifie seulement ses effets. (18 juill. 1866, De Colleville, Dev., 1866, I, 429; comp. le t. III de ce *Traité*, n° 498 ; Troplong, *Du cautionnement*, n° 522 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 222).

342. — Le principe, que nous venons de poser, reçoit une exception importante.

Nous avons vu que l'article 1278, après avoir disposé que :

« Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée. »

Ajoute cette disposition finale :

« A moins que le créancier ne les ait expressément réservés. »

Le créancier peut donc réserver, pour sa nouvelle créance, les privilèges et hypothèques de l'ancienne.

Cette exception est, en effet, très-importante ; elle rappelle exactement celle, que le législateur a déjà faite à notre principe, en matière de subrogation.

C'est, encore cette fois, la même dérogation à la rigueur logique du Droit.

Ajoutons qu'elle a été inspirée aussi par les mêmes considérations d'utilité pratique et d'équité.

Le législateur a considéré que la possibilité, pour le créancier, de rattacher à la seconde créance les privilèges et hypothèques de la première, était de nature à favoriser beaucoup les opérations de la vie civile et le mouvement des affaires.

Et il a autorisé cette réserve, venant ainsi en aide au principe de liberté des conventions, qui n'aurait pas pu, sans cette concession spéciale, arriver jusques à cette limite extrême!

Car on ne saurait nier ce qu'il y a d'exceptionnel, au point de vue de la rigueur scientifique du droit, à voir la convention des parties faire survivre des priviléges et des hypothèques à l'extinction de la créance, pour laquelle ils avaient été faits, et les rattacher à leur rang, *ut ordo servetur*, à une créance nouvelle, qui n'existait même pas, quand ils sont nés! (Comp. le tome IV de ce *Traité*, nos 313-314.)

543. — Aussi, cette exception n'est-elle possible, dans la novation comme dans la subrogation, qu'à une condition essentielle, à savoir : que la réserve faite par le créancier des priviléges et hypothèques de l'ancienne créance, ne soit jamais préjudiciable aux tiers, qui devront toujours rester, *après* comme *avant*, dans la même situation.

Le rang des hypothèques ne saurait donc être déplacé, à leur détriment.

Pas, plus que le chiffre de la créance ne saurait être augmenté.

J'étais votre créancier d'une somme de 100,000 fr. que je vous avais prêtée en 1870, avec une hypothèque inscrite sur votre immeuble, à la date de cette année.

Voilà que, en 1873, nous faisons une novation, par suite de laquelle ma créance de 100,000 fr. de 1870 est remplacée par une créance de 120,000 fr.

Et, dans le contrat de novation, j'ai réservé, pour ma nouvelle créance, mon hypothèque sur votre immeuble.

Quelle somme mon hypothèque garantira-t-elle désormais?

120,000 fr. ou 100,000 fr.?

Évidemment, toujours seulement cette dernière somme!

La solution contraire ne serait, ni plus ni moins, que le renversement de notre régime hypothécaire et la ruine de tout crédit!

Il est manifeste, en effet, que si un autre créancier s'était inscrit sur votre immeuble en 1871, je ne pourrais pas faire valoir, contre lui, pour 120,000 fr. mon hypothèque de 1870, qui ne précédait la sienne que pour 100,000 fr. (art. 2134, 2148-4°).

Je ne pourrai donc conserver mon hypothèque de 1870, à son rang, que jusqu'à concurrence du montant de ma première créance (comp. L. 3 et 21, ff. *Qui pot. in pignor;* Pothier, n° 599; Cass., 15 mars 1815, Sirey, 1815, I, 201).

544. — Est-il nécessaire de dire que cette réserve des priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne peut être faite que par le contrat même de novation!

« Par l'acte même qui contient la novation, » disait Pothier (n° 399).

Il serait trop tard pour se raviser, si le créancier avait fait d'abord une novation pure et simple. « .... *ita ut a prima obligatione in universum discederetur....* » (L. 30, ff. *De novat.*)

Car les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance s'étant une fois éteints avec elle, il serait impossible désormais de les faire revivre!

C'est par le même motif que *la subrogation doit être faite en même temps que le payement!* (art. 1250; comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 368.)

545. — Ajoutons que la réserve, par le créancier, des hypothèques de l'ancienne créance, étant une exception au droit commun, le législateur exige qu'elle soit faite *expressément*. (Art. 1278.)

Ce qui ne signifie pas sans doute qu'il y ait, dans ce cas plus que dans les autres cas semblables, des expressions sacramentelles.

Ce qu'il faut et ce qui suffit, c'est que la volonté des

parties, à cet égard, résulte clairement de l'acte. (Arg. de l'art. 1273; *supra*, n° 267; Toullier, t. IV, n° 281; Larombière, t. III, art. 1278, n° 12.)

Voici un acte, par lequel le créancier et le débiteur ont, virtuellement et nécessairement, fait une novation, en substituant à l'ancienne dette une dette nouvelle, dont l'existence est incompatible avec la persistance de l'ancienne.

Et néanmoins, cet acte porte que la convention est faite, *sans novation aucune*.

Ne sera-t-il pas naturel et juridique d'induire, au moins, de cette stipulation, que le créancier a voulu réserver, pour la seconde créance, les hypothèques, qui garantissaient la première?

Assurément oui! (Comp. Cass., 27 nov. 1855, Millaud, Dev., 1856, I, 534.)

346. — Ce que nous avons surtout à préciser, en ce qui concerne cette réserve des priviléges et hypothèques de l'ancienne créance, c'est à savoir dans quels cas elle peut être faite.

Or, précisément, cette partie de notre sujet est difficile!

La difficulté vient, il faut bien le reconnaître, d'une théorie, très-peu juridique, que Pothier a enseignée, et dans laquelle le grand jurisconsulte s'est trouvé induit par une interprétation inexacte d'un fragment de Paul. (L. 30, ff. *De novationibus*.)

Les opinions sont presque unanimes pour en convenir.

Mais elles se divisent, au contraire, très-vivement, lorsqu'il s'agit de savoir jusqu'à quel point la théorie de Pothier se retrouve dans notre Code.

Le législateur nouveau l'a-t-il admise tout entière?

Ne l'a-t-il admise que dans quelques-unes seulement de ses applications?

Tel est le sujet de la controverse moderne.

347. — Afin de la résoudre plus sûrement, nous croyons qu'il sera bon de distinguer deux hypothèses :

I. L'hypothèse générale, qui est régie par l'article 1278 ;

II. L'hypothèse spéciale, qui est régie par l'article 1280.

348. — I. Cette première hypothèse est celle où la novation s'opère entre le créancier et tout autre qu'un cô-débiteur solidaire, ou un débiteur principal, qui a fourni une caution.

Il y a d'abord un cas, qu'il faut de suite écarter, parce qu'il n'a jamais soulevé de dissentiments, ni dans l'ancien Droit, ni dans le Droit nouveau.

C'est celui de la novation objective ou réelle, qui s'opère, entre le même débiteur et le même créancier, sans l'intervention d'une nouvelle personne, par le seul changement de la dette (art. 1271-1°).

Que les priviléges et les hypothèques de l'ancienne créance puissent être rattachés à la créance nouvelle, par le mutuel consentement du débiteur et du créancier, qui font cette novation, cela est incontestable !

Nous en avons, plus haut, fourni un exemple, en supposant que vous ayant prêté, avec hypothèque, une somme de 100,000 fr. en 1870, je fais avec vous, en 1873, une novation, par laquelle vous contractez, envers moi, en remplacement de cette dette, dont je vous libère, une nouvelle dette de 120,000 fr.

Je puis certainement stipuler que mon hypothèque de 1870, garantira, à son rang, ma nouvelle créance de 1873, jusqu'à concurrence de 100,000 fr. (*supra*, n° 343).

349. — Si cet immeuble, que vous m'avez hypothéqué en 1870, lorsque vous avez contracté votre première dette, est encore dans vos mains en 1873, lorsque vous contractez la seconde dette, que nous y substituons, la réserve de l'hypothèque est facile à justifier.

En effet, puisque vous êtes encore propriétaire de cet immeuble, vous pourriez l'hypothéquer à cette seconde dette.

A fortiori, pouvez-vous, au lieu de constituer une hypothèque nouvelle, maintenir l'hypothèque ancienne!

Les créanciers intermédiaires, auxquels l'immeuble a été affecté hypothécairement, dans l'intervalle de 1870 à 1873, peuvent-ils y faire quelque objection?

Aucune!

Puisque leur situation demeure *après* la même absolument qu'elle était *avant*.

Empirée? elle ne saurait jamais l'être!

Et tout au contraire! elle pourrait être améliorée, si, comme il arrive quelquefois en matière de novation, la seconde dette était moins forte que la première.

C'est tout à fait la même théorie qu'en matière de subrogation!

330. — Mais voilà que l'immeuble, que vous avez hypothéqué, en 1870, à la première dette, se trouve, en 1873, entre les mains d'un tiers-détenteur, lorsque vous contractez envers moi la seconde dette.

Puis je de même stipuler la réserve de mon hypothèque? et pouvez-vous aussi de votre côté y consentir?

Certainement oui! d'après le texte formel de l'article 1278, qui, en permettant la réserve des priviléges et hypothèques, ne distingue pas si les immeubles, qui en sont affectés, se trouvent dans les mains du débiteur, ou s'ils se trouvent, après avoir été aliénés par lui, dans les mains d'un tiers-détenteur.

Mais pourtant, ce tiers-détenteur, lui! ne pourrait-il pas objecter que cette réserve de l'hypothèque anciennement constituée équivaut à une constitution nouvelle, et que, par conséquent, elle ne peut avoir lieu à son préjudice, par le débiteur, qui n'est plus actuellement propriétaire de l'immeuble? (Art. 2124; comp. Demante, *Programme*, t. V, n° 228.)

Cet argument nous est connu! nous l'avons rencontré déjà dans la matière de la subrogation.

On se rappelle, en effet, que, dans cette matière aussi,

plusieurs, parmi nos anciens jurisconsultes, qui permettaient au subrogé de succéder à l'hypothèque du subrogeant, dans le cas où l'immeuble était encore dans les mains de celui-ci, ne lui permettaient pas d'y succéder, dans le cas où l'immeuble était dans les mains d'un tiers-détenteur (comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 324).

Oui ! c'est bien le même argument, que nous retrouvons ici.

« Observez, disait Pothier, que cette translation des hypothèques de l'ancienne créance à la nouvelle ne peut se faire qu'avec le consentement de la personne à qui les choses hypothéquées appartiennent. » (n° 599.)

Or, aujourd'hui, en 1873, les choses hypothéquées en 1870 appartiennent à un tiers-détenteur ;

Donc, la translation de l'hypothèque de l'ancienne créance à la créance nouvelle, ne peut pas se faire, sans le consentement du tiers-détenteur.

La conclusion est irrésistible, si l'on admet la prémisse !

Mais, évidemment, la prémisse est fausse !

Car la conclusion est inadmissible, en présence des termes absolus de l'article 1278.

Et c'est très-justement, en effet, que l'article 1278 a proscrit cette distinction !

A ce tiers-détenteur aussi, nous dirons, comme nous disions aux anciens hypothécaires intermédiaires :

De quel droit vous plaignez-vous ? et quelle objection pouvez-vous faire ?

Aucune ! puisque votre situation demeure absolument la même.

Aussi, ne pourrait-on donner raison au tiers-détenteur, sans donner raison aux créanciers intermédiaires !

Car, si le débiteur ne peut pas constituer une hypothèque nouvelle au préjudice d'un tiers-détenteur, il ne peut pas davantage constituer une hypothèque nouvelle, au préjudice d'un créancier hypothécaire antérieur.

C'est donc une contradiction de dire oui pour les créanciers et non pour le tiers-détenteur.

La vérité est que, ni pour les uns ni pour les autres, la réserve de l'ancienne hypothèque ne doit être considérée comme la constitution d'une nouvelle hypothèque.

C'est tout à fait, conclurons-nous encore, comme en matière de subrogation! (Comp. le t. IV de ce *Traité*, *loc. supra cit.*)

331. — Ce n'est pas seulement des hypothèques de l'ancienne créance, que l'article 1278 autorise la réserve;

C'est aussi de ses priviléges.

Et cette réserve, appliquée aux priviléges, est certes bien plus notable!

A ce point que Taulier n'a pas pensé qu'elle fût possible :

« La loi, dit-il, commet ici une erreur évidente; car tout privilége dérive de la nature de la créance ; et, dès lors, une seconde créance, dont la nature est différente, ne peut pas hériter du privilége de la première! » (T. IV, p. 398,)

Mais le texte de l'article 1278 est formel; et il nous paraît évident que l'opinion du savant auteur ne saurait être admise.

La réserve peut donc être étendue aux priviléges comme aux hypothèques.

Mais comment expliquer cette extension?

Il serait facile de l'expliquer aussi par le principe de la liberté des conventions étendu par le législateur jusqu'à cette limite, s'il ne s'agissait que de celui des priviléges, qui s'établit, en effet, par convention, c'est-à-dire de celui qui résulte du gage (art. 2071, 2072, 2073).

Mais ce privilége est exceptionnel dans sa cause, dans son origine.

La règle, au contraire, est que la convention des parties est impuissante à créer les priviléges, lesquels ne dérivent que *de la qualité de la créance*, souverainement appréciée par la loi (art. 2095).

Or, l'article 1278 est général ; il comprend non pas un certain privilége par exception, mais tous les priviléges qui étaient attachés à l'ancienne créance, en raison de sa qualité ;

Donc, tous les priviléges, en effet, peuvent être réservés pour la nouvelle créance ;

Et cela, bien entendu, lors même que la qualité propre de cette nouvelle créance ne les comporte pas.

C'est ainsi que le privilége de la créance d'un vendeur d'immeubles peut se trouver transporté à la créance d'un simple prêteur d'argent, si la créance pour cause de vente a été remplacée, avec cette réserve, par une créance pour cause de prêt.

Le texte, encore une fois, est formel !

Lorsqu'il s'agissait de la subrogation, nous disions que la créance payée n'est pas éteinte absolument, et qu'elle est censée transmise au subrogé, à l'effet d'obtenir, d'une manière plus efficace, le recouvrement de la créance nouvelle, que le payement a fait naître à son profit. (Comp. le t. IV de ce *Traité*, n° 325.)

Cette explication est plus difficile avec la novation, qui éteint bien et dûment la première créance !

Et pourtant, c'est encore, croyons-nous, la seule, que l'on puisse présenter pour asseoir, sur une base scientifique, cette concession si grande que le législateur a faite à la liberté des conventions.

C'est de dire que la seconde créance elle-même a son origine et sa cause dans la première créance, qui ne s'est pas éteinte, sous ce rapport, d'une manière absolue, mais qui s'est, en quelque sorte, *transformée et transfusée* dans la nouvelle créance.

Ce qui expliquerait comment cette nouvelle créance a pu revêtir les priviléges de l'ancienne. (Comp. *supra*, n° 234.)

352. — L'article 1278, tel que nous venons de l'appliquer à la novation objective, qui s'opère entre les

mêmes personnes par le changement de la dette, doit-il être aussi appliqué à la novation subjective, qui s'opère par le changement de la personne du débiteur, ou, en d'autres termes, à l'expromission ?

J'ai prêté à Primus, en 1870, une somme de 100 000 fr., pour sûreté de laquelle il m'a constitué une hypothèque sur son immeuble.

Puis, en 1873, Secundus vient me trouver, me propose de libérer Primus, et de l'accepter, en son lieu et place, comme débiteur de cette somme de 100 000 fr.

J'y consens, mais en déclarant que je réserve, pour ma nouvelle créance de 1873, mon hypothèque de 1870 sur l'immeuble de Primus.

Et la novation est ainsi opérée.

La réserve, que j'ai faite de mon hypothèque, est-elle valable ?

Aucun article spécial de notre Code ne décide cette question.

D'où il résulte, suivant nous, qu'elle est décidée par le texte général de l'article 1278, comme nous allons bientôt entreprendre de le démontrer.

L'article 1279, en effet, qui s'occupe de l'expromission, ne décide, en ce qui la concerne, qu'une seule question, et une question tout autre que celle que nous venons de poser :

« Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un « nouveau débiteur, les priviléges et hypothèques primi- « tifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens « du nouveau débiteur. »

Ce qui résulte uniquement, comme on voit, de ce texte, c'est que je ne pourrais pas, même du consentement de Secundus, transporter, sur son immeuble, à lui ! en 1873, à la date de 1870, rétroactivement, l'hypothèque que Primus a constituée à mon profit, sur son immeuble, à cette dernière date.

Vérité d'une telle évidence, qu'elle en est presque naïve !

Non, sans doute, je ne le pourrais pas ; le mécanisme tout entier de notre régime hypothécaire y résiste !

Que deviendraient donc, si je le pouvais, la sécurité des tiers, et la bonne foi des conventions, et le crédit ?

Je ne le pourrais pas, bien entendu, au préjudice d'un tiers-détenteur, auquel, dans l'intervalle de 1870 à 1873, Secundus aurait vendu son immeuble franc et quitte de toute hypothèque !

Et, par le même motif, je ne le pourrais pas davantage au préjudice des créanciers qui, dans cet intervalle, auraient acquis sur son immeuble, en vertu de la loi, d'une convention ou d'un jugement, une hypothèque qui leur serait irrévocablement acquise à sa date et à son rang !

C'est qu'il ne s'agit pas alors, en effet, de *réserver* une hypothèque ancienne déjà acquise.

Il s'agit de *constituer*, sur ce nouveau débiteur, une hypothèque nouvelle, qui ne saurait avoir, sur son immeuble, d'existence et de rang que du jour de sa constitution et de son inscription !

Voilà, disons-nous, uniquement la question, qui est résolue par l'article 1279.

355. — Mais cette question n'est pas la nôtre.

Ce que nous demandons, c'est à savoir si le créancier, qui accepte un nouveau débiteur, en libérant l'ancien, peut réserver son hypothèque sur l'immeuble de celui-ci ?

Si je puis, en acceptant Secundus, en 1873, à la place de Primus, réserver, pour ma nouvelle créance, sur l'immeuble de Primus, l'hypothèque qu'il m'a concédée, en 1870, pour l'ancienne ?

Que je le puisse avec son consentement, c'est ce qui est généralement reconnu.

D'où résulte encore la preuve que cette réserve de l'hypothèque primitive ne saurait être considérée comme la constitution d'une hypothèque nouvelle.

Car, Primus pourra y consentir, soit que l'immeuble

hypothéqué en 1870 se trouve encore dans ses mains, grevé ou non d'hypothèques intermédiaires, soit qu'il se trouve entre les mains d'un tiers-détenteur.

354. — Aussi, reconnaît-on également qu'il n'est pas nécessaire que la réserve de l'hypothèque de l'ancienne créance soit consentie par un acte notarié, comme il le faudrait, aux termes de l'article 2127, s'il s'agissait de la constitution conventionnelle d'une nouvelle hypothèque.

Cette réserve, qui n'est que le maintien de l'hypothèque ancienne, peut être, en effet, consentie par l'acte, quel qu'il soit, sous-seing privé ou authentique, qui renferme la novation, dont elle fait partie intégrante et dont elle n'est elle-même qu'une des clauses. (Comp. Marcadé, art. 1279 n° 111).

355. — Eh! bien donc, cette réserve de mon hypothèque sur l'immeuble de Primus, mon ancien débiteur, que je pourrais faire, avec son consentement, pourrais-je la faire de même sans son consentement?

Nous voici au plus fort de la controverse!

Un parti considérable dans la doctrine, répond négativement :

1° Les traditions historiques sont, dit-on, sur ce point, constantes et uniformes.

Paul, en droit romain, le décidait ainsi formellement :

« ... *Rursus easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris debitoris, obligari non posse* ». (L. 30 ff. *De novat.*)

Et tel était, dans notre ancien droit français, le sentiment très-ferme aussi de Pothier :

« ... *Le nouveau débiteur, à qui les choses hypothéquées n'appartiennent pas, ne pouvant pas sans vous, à qui elles appartiennent, les hypothèquer à la nouvelle dette* ». (n° 599).

2° On ajoute que ces traditions ont été conservées par le Code Napoléon, et que la preuve en résulte de la com-

paraison de l'article 1278 avec les articles 1279 et 1280.

Dans l'article 1278, en effet, il n'est question que de la novation, qui s'opère par un changement dans la dette, entre le même débiteur et le même créancier; et il est tout simple, dans ce cas, que les hypothèques de l'ancienne créance puissent être réservées, parce que c'est le même débiteur, qui les a déjà consenties pour la première dette, qui les consent encore pour la seconde.

Mais, au contraire, dans les articles 1279 et suivants, il est question de la novation, qui s'opère par le changement du débiteur :

« Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un « nouveau débiteur... » dit l'article 1279;

Prouvant ainsi, par ses termes mêmes, que l'article 1278 ne s'est pas occupé de cette espèce de novation.

Et, dans ce cas, en effet, la solution est tout autre!

Les hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent pas être réservées par la seule convention intervenue entre le créancier et le nouveau débiteur.

On se récrie que l'article 1279 ne dit pas cela! et qu'il se borne à décider que les hypothèques ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur.

Mais la réponse à cette objection se trouve dans l'article 1280.

Une novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires.

Voilà certes une novation par changement de débiteur.

Eh bien! les hypothèques qui grèvent les immeubles des co-débiteurs solidaires, que cette novation va libérer personnellement, peuvent-elles être réservées, sans leur consentement, pour la nouvelle créance?

Non!

C'est donc que notre Code exige, dans ce cas, comme

Pothier, que l'ancien débiteur consente à ce que l'hypothèque, qui grévait son immeuble pour la première créance, continue à le gréver pour la seconde créance.

En effet, Pothier, qui enseignait aussi cette solution, la présentait comme une conséquence de son principe;

Or, il est incontestable que l'article 1280 admet la conséquence;

Comment donc est-il possible de contester qu'il ait admis le principe!

Et maintenant, s'il en est ainsi, lorsqu'il existe des co-débiteurs solidaires, pourquoi en serait-il autrement, lorsqu'il n'y a qu'un débiteur unique?

Une pareille distinction serait inexplicable!

Aussi, M. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, déclarait-il que: « Pour que l'ancienne hypothèque soit ainsi transférée, il faut que le débiteur reste le même. » (Fenet, t. XIII, p. 277-278.)

3° Quant au mérite rationnel de cette théorie, les jurisconsultes eux-mêmes, qui s'accordent pour la soutenir, se divisent!

Il en est, qui reconnaissent qu'elle n'est pas logique et qu'il serait difficile de la justifier, au point de vue des principes juridiques et de l'utilité pratique:

« Si j'avais à faire la loi, dit Mourlon, j'autoriserais cette réserve... » (T. II, p. 742).

Mais ils se soumettent, ils se résignent!

Les autres, au contraire, ont entrepris de défendre théoriquement leur doctrine.

C'est ainsi que Delvincourt en est venu jusqu'à soutenir que l'ancien débiteur, libéré de l'action personnelle par la novation, est, par cela même, nécessairement libéré de l'action hypothécaire!

« On n'a pas, dit-il, à proprement parler, d'action réelle contre son débiteur, à raison de l'obligation, qu'il a personnellement contractée; l'action réelle ou hypothécaire n'existe et n'a d'effet qu'à l'égard des tiers-acqué-

reurs ou créanciers hypothécaires postérieurs ». (T. II, p. 783).

D'où le savant auteur conclut que la libération de l'action personnelle pour le débiteur, c'est inévitablement aussi la libération de l'action hypothécaire !

Et, de son côté, Marcadé enseigne de même, en principe, que le législateur a bien pu vouloir que cette réserve des hypothèques de l'ancienne créance, qui est en effet exorbitante du droit commun, ne put avoir lieu que par une convention avec le débiteur auquel les immeubles hypothéqués appartiennent. (T. III, art. 1279, n° 111 ; Comp. Bugnet sur Pothier, t. II, p. 318, Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 447).

356. — Malgré cette argumentation, nous croyons, au contraire, pour notre part, que la réserve des hypothèques peut être faite, même dans le cas d'expromission, sans le consentement du premier débiteur :

1° Et d'abord, historiquement, la doctrine dissidente ne repose pas sur une base bien solide !

Pothier l'a édifiée sur la loi 30 au Digeste *de Novationibus*, comme s'il s'agissait, dans cette loi, d'une réserve faite par le créancier, au moment même de la novation.

Et nous avons déjà signalé l'inexactitude de cette interprétation. (*supra*, n° 346).

Ce que Paul, l'auteur de ce fragment, suppose, c'est qu'une novation par expromission ayant été faite d'abord purement et simplement, le créancier veut ensuite, après coup, faire revivre de nouveau, *rursus*, pour sa nouvelle créance, l'hypothèque de sa créance éteinte !

Et il décide que cette résurrection est impossible.

Décision qui est incontestable ;

Mais qui n'a pas du tout trait à la question que nous agitons ! (Comp. Toullier, t. IV, n° 312).

2° Mais c'est surtout théoriquement, que la doctrine de Pothier soulève des objections, suivant nous, décisives.

« Observez, dit-il, que cette translation des hypothèques de l'ancienne créance à la nouvelle ne peut se faire qu'avec le consentement de la personne à qui les choses hypothéquées appartiennent ». (N° 599.)

Eh bien! alors, il faut dire que le premier débiteur lui-même ne pourra pas consentir à cette translation de l'hypothèque à la seconde créance, si l'immeuble, qu'il a hypothéqué à la première, se trouve actuellement dans les mains d'un tiers-détenteur!

Il faut même aussi aller jusqu'à dire qu'il ne peut pas non plus la consentir, s'il existe des créanciers, dont l'hypothèque a pris naissance dans l'intervalle! Car il ne peut pas, quoique l'immeuble lui appartienne encore, constituer rétroactivement une hypothèque nouvelle à leur préjudice!

C'est-à-dire que cette doctrine aboutit finalement à considérer comme la constitution d'une hypothèque nouvelle, cette réserve de l'hypothèque ancienne!

Or, la considérer ainsi, c'est la rendre impossible!

Notre Code l'a admise pourtant!

Et par cela même, il est démontré qu'il y a vu tout autre chose!

Il y a vu simplement, le maintien, *la réserve*, (c'est son mot, et il est très-juste), de l'ancienne hypothèque, demeurant toujours la même.

Or, d'après cette donnée, on ne comprendrait pas pourquoi il aurait exigé à cet effet le consentement du premier débiteur! car cette réserve est tout à son avantage; et il ne peut avoir généralement aucun motif de s'y opposer.

Obligé d'abord à un double titre, personnellement et réellement, le voilà désormais affranchi de l'action personnelle. pour n'être plus soumis qu'à l'action réelle hypothécaire; ce que nous affirmons, malgré Delvincourt, qui semble enseigner qu'un débiteur ne peut pas cesser

d'être obligé personnellement, sans cesser d'être obligé réellement !

La proposition contraire est d'évidence !

En effet, supposons que le premier débiteur consente à cette réserve.

L'action personnelle s'éteint.

Reste seulement l'action hypothécaire.

Mais pourquoi exiger qu'il consente ?

Non-seulement cela est illogique. —

Mais on rendra ainsi presque toujours, un mauvais service au premier débiteur lui-même !

Vous devez 100 000 fr. à Primus, avec une hypothèque sur votre immeuble.

Primus vous a fait saisir ; et la vente de vos biens est imminente !

Cependant vous êtes éloigné, en voyage ; et vous n'avez pas laissé de mandataire.

Je vais donc, moi, votre parent, votre ami, trouver Primus ; et je lui offre de m'accepter pour débiteur en votre lieu et place, s'il consent à vous libérer.

Primus y consent, mais sous la réserve, pour sa nouvelle créance contre moi, de l'hypothèque, qu'il a sur votre immeuble pour garantie de sa créance contre vous.

Cette combinaison sera impossible.

Parce que vous n'êtes pas là, et que vous ne pouvez pas y consentir.

Et vos biens, dès lors, vont être vendus !

Est-ce raisonnable ? assurément non !

Et c'est de plus, dans le système général de la loi, une contradiction manifeste.

Si, au lieu d'offrir mon obligation personnelle à Primus, je lui avais offert les 100 000 fr., que vous lui devez ; en d'autres termes, si au lieu de *m'obliger* pour vous, j'étais venu *payer* pour vous, nous aurions pu réserver l'hypothèque par vous concédée à Primus, pour garantie de

la nouvelle créance, que j'aurais acquise contre vous, par mon payement.

Nous l'aurions pu, sans votre consentement, au moyen de la subrogation conventionnelle, que Primus, votre créancier, m'aurait consentie (art. 1250-1°; comp., le tome IV de ce *Traité* n° 343 et 355).

Par quel motif ne pourrions-nous pas faire *par expromission*, ce que nous pouvons faire par *subrogation !*

Le mobile, qui détermine le tiers, *expromissor*, est généralement de même nature que celui qui détermine le tiers, qui paye pour le débiteur avec subrogation : le désir de lui rendre service.

Et si l'hypothèque, qui grève l'immeuble du débiteur, peut être conservée sans son consentement, pour garantie de la nouvelle créance, dans le cas de subrogation, comment ne pourrait-elle pas aussi être conservée, sans son consentement, dans le cas d'expromission ?

On n'a pas toujours 100 000 fr. sous la main, tout prêts pour payer la dette d'un ami !

Mais on peut toujours s'obliger pour lui personnellement.

Pourquoi donc y mettre obstacle ?

Cette démonstration, au point de vue historique et théorique, nous paraît complète.

Il nous reste à voir si les articles de notre Code y sont conformes ou contraires.

357. — 3° Nous croyons que, sur ce dernier point encore, l'avantage doit appartenir à la doctrine, que nous présentons.

C'est, en effet, dans les termes les plus généraux, que l'article 1278 dispose que :

« Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance « ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins « que le créancier ne les ait expressément réservés. »

Ces termes sont absolus ; ils ne comportent aucune distinction entre la novation, qui s'opère entre le créan-

cier et le même débiteur, et la novation, qui s'opère entre le créancier et un nouveau débiteur.

Il serait donc impossible d'y introduire cette distinction sans violer le texte même ;

D'autant plus que l'article 1278 est en parfaite harmonie avec l'article 1274, qui dispose que :

« La novation par la substitution d'un nouveau « débiteur, peut s'opérer sans le concours du premier « débiteur. »

La novation par la substitution d'un nouveau débiteur, dit cet article aussi en termes généraux ;

La novation donc, telle que la loi permet de la faire, avec les clauses, qu'elle permet d'y insérer ;

Or, d'après l'article 1278, la novation peut être faite avec la réserve des priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ;

Donc, cette réserve est permise sans le consentement du premier débiteur, par la combinaison même des articles 1274 et 1278.

Et elle demeurera, en effet, permise, à moins que l'on apporte un texte, qui renverse cette déduction.

On objecte d'abord l'article 1279.

Mais cet article, comme nous l'avons remarqué, n'a aucun trait à notre question (*supra*, n° 352).

Ce qu'il décide seulement, c'est que les hypothèques, qui grèvent les biens du premier débiteur, ne peuvent pas être transportées à leur date, sur les biens du second débiteur.

Mais il ne décide pas que ces hypothèques ne pourront pas être réservées sur les biens du premier débiteur.

Et tout au contraire ! l'article 1279 fournit lui-même un argument à notre thèse; car il implique virtuellement la possibilité de la réserve des hypothèques sur les biens du premier débiteur. En effet, placé, comme il l'est, à la suite de l'article 1278, il s'y relie pour expliquer que si, d'après l'article précédent, les hypothèques de l'ancienne

créance peuvent être réservés sur les biens du premier débiteur il n'en faut pas conclure qu'elles puissent être transportées sur les biens du second débiteur.

Quant à l'article 1280, sur lequel la doctrine dissidente se fonde principalement, notre réponse est simple.

C'est que cet article renferme une disposition spéciale sur un cas déterminé.

Le créancier fait une novation avec l'un de ses co-débiteurs solidaires.

Peut-il, sans le consentement des autres codébiteurs, réserver les hypothèques de l'ancienne créance sur leurs immeubles?

Non, d'après l'article 1280.

On s'écrie : c'est la théorie de Pothier; la voilà consacrée par notre Code!

Il n'en est rien, suivant nous.

Notre Code, au contraire, par l'article 1278, a consacré une disposition générale, contraire à la théorie de Pothier.

Seulement, il a admis l'une des applications de cette théorie, par l'article 1280.

Nous reconnaissons que, en ceci, il n'est pas lui-même demeuré logiquement fidèle à son principe.

Mais voilà tout!

Et ce qu'il y a finalement, c'est une contrariété de doctrine entre la disposition générale de l'article 1278 et la disposition spéciale de l'article 1280.

On prétend que c'est la disposition spéciale, qui doit absorber la disposition générale, et que l'exception doit l'emporter sur la règle.

Nous prétendons, au contraire, qu'il faut maintenir la disposition générale, et n'appliquer la disposition spéciale qu'au cas déterminé, qu'elle a prévu.

Nous avons ainsi une bonne règle, avec une exception, il est vrai, peu satisfaisante.

Mais, vraiment, cela ne vaut-il pas mieux que d'avoir

une règle tout entière, illogique et injustifiable, et qui ferait, dans un grand nombre de cas, obstacle à des conventions, qu'il est de l'intérêt privé et public de faciliter ?

Nous le croyons ainsi, malgré l'opinion individuelle, que M. Bigot-Préameneu a exprimée dans l'*Exposé des motifs*, et qui ne saurait prévaloir contre le texte même de la loi. (Comp. Toullier, t. IV, n° 312; Duranton, t. XII, nos 310-311; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 223; Colmet de Santerre, t. IV, n° 226 *bis*, III et IV; Larombière, t. III, art. 1280, n° 2.)

358. — II. Nous venons d'examiner l'hypothèse générale, qui est régie par l'article 1278.

Examinons maintenant l'hypothèse spéciale, qui est régie pas l'article 1280. (*Supra*, n° 347.)

359. — Cet article suppose qu'il existe plusieurs co-débiteurs solidaires :

« Lorsque la novation s'opère entre le créancier et « l'un des débiteurs solidaires, les priviléges et hypothè- « ques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que « sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette. »

Nous avons dit combien il nous paraît difficile d'expliquer logiquement cette disposition.

Étant une fois admise la possibilité de rattacher à la nouvelle créance les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance, quel motif peut-il y avoir d'empêcher le créancier, qui fait novation avec l'un des codébiteurs solidaires, de réserver ses hypothèques sur les biens des autres co-débiteurs ?

Puisque les autres co-débiteurs ne pourraient eux-mêmes qu'y gagner, libérés qu'ils seraient de leur obligation personnelle, la situation hypothécaire de l'immeuble n'étant d'ailleurs nullement aggravée !

Ils pourraient consentir à cette réserve de l'hypothèque sur leurs immeubles, en intervenant à la novation, qui les libère de leur obligation personnelle.

Pourquoi exiger leur consentement, pour une opération, qui est utile aux uns, sans pouvoir nuire aux autres!

Ce n'est donc là, suivant nous, qu'un vestige mal à propos conservé de la doctrine de Pothier.

360. — On a fait encore à l'article 1280 un autre reproche.

On a dit qu'il était en contradiction avec l'article 1251 3°, qui accorde à celui des co-débiteurs solidaires, qui a payé toute la dette, la subrogation de plein droit aux hypothèques du créancier, pour son recours contre ses co-débiteurs.

Le créancier, envers lequel s'est obligé, par un nouvel engagement, celui des co-débiteurs, qui a fait avec lui la novation, peut, aux termes de l'article 1166, exercer les droits de son débiteur;

Or, ce débiteur, par l'effet de la subrogation de plein droit, peut agir hypothécairement contre ses anciens co-débiteurs;

Donc, le créancier lui-même, du chef de celui des co-débiteurs solidaires, avec lequel il a fait novation, va pouvoir agir hypothécairement contre les autres codébiteurs, que cette novation avait libérés envers lui.

D'où l'on conclut qu'il y a contradiction entre l'article 1251-3°, qui permet au créancier d'exercer l'hypothèque de l'ancienne créance contre les autres co-débiteurs, et l'article 1278, qui ne lui permet pas de la réserver, (comp. Toullier, t. IV, n° 313; Larombière, t. III, art. 1280, n° 3).

Mais il nous paraît évident que cette conclusion n'est pas exacte, et que le reproche n'est pas fondé.

Il existe, en effet, une grande différence entre l'article 1278 et l'article 1251-3°.

Si le créancier, qui fait novation avec l'un des co-débiteurs solidaires, pouvait réserver son hypothèque sur les biens des autres co-débiteurs, sans leur consente-

ment, il aurait le droit d'agir, de son propre chef, hypothécairement pour le tout, contre chacun d'eux;

Tandis que, au contraire, s'il ne peut agir que du chef du co-débiteur, avec lequel il a fait novation, en vertu de l'article 1166, il s'ensuit :

1° Qu'il ne peut agir hypothécairement contre chacun d'eux que pour sa part et portion (art. 1214);

2° Qu'il doit subir, dans le bénéfice de cette action, le concours des autres créanciers de son débiteur.

Donc, il n'y a pas de contradiction entre l'article 1251-3° et l'article 1280. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 173, note 7; Duvergier, sur Toullier, t. IV, n° 212 note *a*.)

561. — Nous considérons donc comme contraire au principe général, que notre Code a consacré dans l'article 1278, et par suite comme exceptionnelle, cette disposition de l'article 1280.

Ce qui ne nous empêche pas, toutefois, de reconnaître qu'il faut l'appliquer sincèrement à l'hypothèse tout entière, qu'elle a prévue.

Voilà pourquoi nous pensons qu'elle est applicable au cas d'une novàtion faite par le créancier avec le débiteur principal, qui lui a fourni une caution.

Le créancier, en conséquence, ne pourrait pas, suivant nous, par cette novation, réserver, sans le consentement de la caution, l'hypothèque qu'elle lui aurait donnée sur ses biens.

Si l'article 1280 ne lui permet pas de faire cette réserve sur les biens d'un co-débiteur solidaire, *a fortiori* ne lui permet-il pas de la faire sur les biens d'une simple caution, dont la situation, à l'encontre du créancier, est bien plus favorable encore que celle d'un co-débiteur solidaire!

La défense qui est explicite pour le co-débiteur solidaire, n'est, il est vrai, qu'implicite pour la caution.

Mais elle ne nous paraît pas moins certaine.... *Eadem vis est taciti atque expressi.*

362. — Il faut appliquer la même solution à la *caution réelle*, dont la situation, dirons-nous aussi, est, à l'encontre du créancier, bien plus favorable encore que celle de la *caution personnelle.*

Si donc le créancier fait novation avec son débiteur, il ne pourra pas réserver, pour la nouvelle créance, l'hypothèque qu'un tiers lui aurait concédée sur son immeuble, pour l'ancienne créance, sans s'obliger personnellement envers lui.

Il ne pourra pas, disons-nous, la réserver, sans le consentement de ce tiers. (Comp. Aubry et Rau, t. IV, p. 223-224.)

363. — Mais voici, au contraire, que le créancier fait novation avec un tiers, qui n'est ni l'un de ses débiteurs solidaires, ni le débiteur principal, dont il a reçu une caution personnelle ou réelle.

C'est un *expromissor* tout à fait étranger à la dette !

Le créancier, dans ce cas, peut-il réserver, pour la seconde créance, sans le consentement de ses débiteurs solidaires ou de sa caution, les hypothèques qu'il a, pour sa première créance, sur leurs biens?

Il faut, suivant nous, répondre affirmativement.

Nous sommes alors, en effet, dans les termes mêmes de l'article 1278, qui pose la règle générale ;

Et les termes de l'article 1280, qui y apporte une exception, sont complétement inapplicables.

La règle générale, avons-nous dit, c'est que la réserve des hypothèques de l'ancienne créance peut être faite par le créancier, sans le consentement de l'ancien débiteur, dans la novation qu'il fait avec un débiteur nouveau.

Nous croyons avoir justifié cette règle dans son application à l'hypothèse, où il n'y a qu'un seul débiteur de la première dette, libéré par la novation.

Or, qu'importe, à cet égard, qu'il y ait un seul débiteur ou plusieurs débiteurs solidaires de la première dette !

Cette circonstance nous paraît être, malgré le dissentiment de Taulier (t. IV, p. 401), tout à fait indifférente, quant à notre question.

Et ce serait une inconséquence d'appliquer l'article 1278 dans un cas et de ne pas l'appliquer dans l'autre.

Concluons donc que, en effet, par la novation qu'il fait avec un *expromissor* étranger à la dette, le créancier peut réserver ses hypothèques sur les biens des co-débiteurs solidaires et des cautions, sans leur consentement. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 224; Colmet de Santerre, t. V, n° 228 *bis*, I.)

364. — Mais il en est autrement des engagements personnels de ceux qui étaient tenus de la première dette.

Aux termes de l'article 1281 :

« Par la novation faite entre le créancier et l'un des « débiteurs solidaires, les co-débiteurs sont libérés.

« La novation opérée à l'égard du débiteur principal, « libère les cautions.

« Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier « cas, l'accession des co-débiteurs, ou, dans le second cas, « celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les « co-débiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nou- « vel engagement. »

D'où il suit que, dans aucun cas, le créancier ne peut rattacher, d'une manière pure et simple, à la nouvelle dette, l'engagement, que les co-débiteurs et les cautions avaient contractés pour l'ancienne dette.

On comprend bien, en effet, que, pour ce qui est de leur obligation personnelle, elle ne puisse pas être transformée, sans leur consentement, dans sa nature juridique ou dans son objet.

C'est une dette déterminée, qu'ils ont contractée, cette dette-là même, et non pas une autre !

Pour tout autre, leur consentement ferait défaut.

Et il est, dès lors, nécessaire qu'il intervienne.

365. — Mais, bien entendu, il peut intervenir.

Et, à cet effet, le créancier peut ne consentir la novation que sous la condition suspensive que les co-débiteurs et les cautions de la première dette consentiront eux-mêmes, et accéderont à la seconde dette.

Au quel cas, la novation devra être considérée comme non-avenue pour inaccomplissement de la condition, si les co-débiteurs ou les cautions n'y consentent pas.

366. — Si, au contraire, ils y consentent, la condition s'accomplit;

Et la novation est désormais opérée, avec l'accession des co-débiteurs solidaires ou des cautions à la nouvelle dette.

Mais les co-débiteurs seront-ils tenus solidairement de cette seconde dette, comme ils étaient tenus solidairement de la première?

Question de fait et d'interprétation!

En principe, nous ne le croyons pas.

L'ancienne dette est éteinte.

Et la voilà remplacée par une dette nouvelle.

Or, la solidarité ne se présume pas; et en dehors des cas où la loi l'établit de plein droit, il faut qu'elle soit expressément stipulée. (Art. 1262.)

Donc, il faut, en effet, que la solidarité soit stipulée, pour qu'elle garantisse la seconde dette comme elle garantissait la première. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 393; Cass. 23 nov. 1871, Poulain, Dev. 1872, I, 133; Rodière, de la *Solidarité*, n° 66.)

367. — Le créancier peut, disons-nous, faire la novation sous la condition suspensive qu'elle ne s'opérera que si les co-débiteurs ou les cautions accèdent au nouvel engagement.

Ajoutons qu'il peut aussi la faire sous la condition résolutoire qu'elle sera considérée comme non-avenue, si la nouvelle dette n'est pas exécutée. (Art. 1134.)

Au quel cas, en effet, l'ancienne dette revivrait comme si la novation n'avait pas été faite.

Cette novation conditionnelle ne libérerait donc aussi que conditionnellement les co-débiteurs et les cautions; et, en cas d'accomplissement de la condition, le créancier rentrerait, contre eux, dans tous ses droits.

Mais, d'ailleurs, bien entendu, leur situation ne saurait être empirée par ce nouvel arrangement, auquel ils sont étrangers et qui est, en ce qui les concerne, *res inter alios acta.*

En conséquence, tant que la condition est pendante, et que la novation n'est pas devenue définitive, ils demeurent, eux, purement et simplement, dans les termes de leur première ou plutôt de leur unique obligation.

Et l'échéance venue, chacun des débiteurs solidaires peut contraindre le créancier à recevoir son payement, déduction faite de la part de celui avec lequel la novation a été opérée, et exercer son recours, d'après le droit commun, contre ses codébiteurs (art. 1214).

De même que la caution peut agir contre le débiteur principal, pour être par lui indemnisé, conformément à l'article 2032 (comp. Larombière, t. III, art. 1281, n° 4).

SECTION III.

DE LA REMISE DE LA DETTE.

SOMMAIRE.

368. — Transition.
369. — Division.

368. — La remise volontaire vient au troisième rang, dans la nomenclature des modes d'extinction des obligations, que l'article 1234 énumère.

369. — Nous avons, sur cette matière, à examiner:

I. — Ce que c'est que la remise; et quel en est le caractère;

II. — Par qui et au profit de qui elle peut être faite;

— En quelle forme; — Et de quelle manière elle peut être prouvée;

III. — Quels en sont les effets.

I.

QU'EST-CE QUE LA REMISE DE LA DETTE? — ET QUEL EN EST LE CARACTÈRE?

SOMMAIRE.

370. — La remise proprement dite est une donation.
371. — Suite.
372. — Suite.
373. — Suite.
374. — La remise étant une donation, est, par cela même aussi, une convention; et il est nécessaire, en conséquence, qu'elle soit acceptée par le débiteur.
375. — Suite.
376. — Suite.
377. — Suite.
378. — Suite.
379. — Quelles obligations sont susceptibles de s'éteindre par la remise?
380. — Des obligations qui ont pour objet un corps certain.
380 *bis*. — Des obligations réciproques, qui résultent d'un contrat synallagmatique.
381. — La remise peut être faite purement et simplement, ou sous les modalités qu'il convient aux parties d'y mettre. — Exemple.
382. — Elle peut être faite par les parties elles-mêmes en personne, ou par des mandataires.
383. — Mais, de quelque manière que la remise ait lieu, il importe toujours qu'elle soit acceptée par le débiteur, du vivant du créancier. — Explication.
384. — Suite.
385. — La remise peut être totale ou partielle.

370. — « La remise est une donation, » disait Pothier (n° 619).

Tel est, en effet, son vrai caractère : l'abandon gratuit par le créancier de sa créance, au profit du débiteur, et la renonciation au droit qu'il avait d'exiger de lui son payement.

« *Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem* » (l. II, § 1, ff., *de Pactis*).

Voilà aussi notre remise, le *pactum de non petendo,* ou l'*acceptilatio* des Romains. (Inst., *Quib. mod. obligat. toll.,* § 1 et 2).

371. — La remise donc, la remise proprement dite, celle dont notre section s'occupe, ne constitue :

Ni un payement ;

Ni un mode de preuve du payement.

A la considérer ainsi, elle disparaîtrait tout entière !

Et cette section : *De la remise*, ferait double emploi :

Soit avec la section, qui s'occupe du payement;

Soit avec le chapitre V de ce titre, qui s'occupe *de la Preuve des obligations et de celle du payement.*

372. — Il faut pourtant que nous ajoutions que cette différence n'a pas été peut-être suffisamment observée, dans notre section.

Le législateur, dans quelques-uns de ses articles, paraît, en effet, résoudre des questions soit de payement, soit de preuve, plutôt encore que de remise (comp. art. 1282, 1283; *infra*, n° 396).

373. — Aussi, est-il arrivé que généralement, dans les ouvrages de doctrine, la remise est présentée comme pouvant avoir lieu à titre gratuit ou à titre onéreux (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 291 ; Demante et Colmet de Santerre, t. V, n°s 230 et 230 *bis*).

Cela est vrai sans doute, en ce sens que la renonciation du créancier à sa créance, qui n'est autre, en effet, que la remise, peut être faite par lui soit purement et simplement, soit moyennant un avantage, qu'il en retire..... *aliquo dato.*

Mais nous n'en croyons pas moins qu'il faut maintenir la définition que nous venons de proposer; à savoir : que la remise véritable, *dans sa pureté,* c'est le mot même de M. Colmet de Santerre, est celle qui a lieu à titre gratuit.

Le créancier a-t-il reçu ce qui lui était dû ?

C'est un payement !

Et s'il a reçu une autre chose ou un équivalent quelconque, ce sera aussi, suivant les cas, une dation en payement ou une novation.

Ce ne sera pas une vraie remise!

Or, il est facile d'apercevoir les différences considérables, qui existent entre ces deux hypothèses.

La vraie remise constituant, au fond, une donation, sera soumise à toutes les règles qui gouvernent les donations, sur la capacité de disposer et de recevoir, sur les rapports, la réduction et la révocation (comp. *infra*, nos 386 et suiv.);

Tandis qu'il n'en sera pas ainsi d'une prétendue remise, qui aurait eu lieu à titre onéreux et qui ne constituerait dès lors qu'un contrat commutatif.

374. — La remise étant, disons-nous, une donation, est, par cela même, une convention.

Et, en conséquence, elle ne peut se former que par le concours de deux volontés : de celle du créancier, qui renonce, et de celle du débiteur, qui accepte sa renonciation.

La remise! c'est, en effet, tout simplement l'application de l'article 1134, d'après lequel les conventions peuvent être révoquées par le consentement mutuel de ceux qui les ont faites.

Cette proposition, qui paraît aujourd'hui incontestable, a toutefois été contestée dans l'ancien Droit.

Nous avons déjà vu que Pothier avait eu à la défendre contre Barbeyrac, qui prétendait, au contraire, que la remise s'opère immédiatement, par le seul fait de la renonciation du créancier, sans qu'il soit nécessaire que le débiteur en ait connaissance! (n° 614).

Mais, dès cette époque même, la doctrine de Pothier avait généralement prévalu (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, nos 87-88).

375. — Cette doctrine est, dans notre Code, d'autant plus certaine, que les textes déclarent expressément la remise *conventionnelle* (1285, 1287).

Il est vrai que ces articles semblent n'appliquer cette qualification qu'à la remise expresse.

Mais qu'importe ?

La remise, quelle qu'en soit la forme, expresse ou tacite, a toujours le même caractère; l'une ne diffère de l'autre que par la manière dont se manifeste la commune volonté des parties.

Si la remise expresse est conventionnelle, conventionnelle est donc aussi nécessairement la remise tacite !

C'est ce que révèle, avec une grande exactitude scientifique, le passage de Paul, que nous venons de citer :

« Si debitori meo reddiderim cautionem, *videtur inter nos convenisse ne peterem ;* profuturamque ei *conventionis* exceptionem placuit. » (L. 2, § 1, ff. *de Pactis ; supra,* n° 370).

Nous devons dire pourtant que M. Larombière enseigne la doctrine contraire :

« Si le créancier, dit-il, au lieu d'employer la forme expresse d'une décharge conventionnelle, emploie toute autre voie indirecte de libéralité, qui, loin d'offrir aucun caractère contractuel, se résume dans un fait unilatéral d'abdication ou d'abandon absolu de son droit, lequel, pour être efficace, n'a pas besoin d'être accepté...; la remise nous paraît devoir produire effet, bien que le débiteur n'ait pas pu l'accepter du vivant du créancier.» (T. III, art. 1285, n° 10.)

Mais tel n'est pas, suivant nous, le caractère de la renonciation, que le créancier fait à son droit, même dans le cas d'une simple remise tacite.

Non ! ce n'est pas une abdication pure et simple, un abandon absolu..., *pro derelicto !*

C'est une renonciation relative, faite *intuitu personæ.... in favorem.*

En un mot, c'est une remise, faite par convention tacite !

376. — De ce principe, résultent deux conséquences importantes, à savoir :

1° Le créancier peut retirer sa renonciation, tant qu'elle n'a pas été acceptée par le débiteur (comp. art. 894, 1211, 1364; art. 403 Cod. de Procéd.; Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Option*, § 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 204; Larombière, t. III, art. 1282, n° 2).

377. — 2° La renonciation, même non retirée par le créancier, doit être considérée comme non avenue, si le débiteur vient à mourir avant de l'avoir acceptée.

De même que l'acceptation du débiteur serait tardive et devrait être considérée comme non avenue, si elle n'avait lieu qu'après la mort du créancier (comp. *infra*, n° 383; notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n°s 85, 87 et 88).

378. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que nous parlons ici seulement du fond, point de la forme.

Si la remise est, en effet, une donation quant au fond, elle est, quant à la forme, une convention ordinaire; elle est un mode d'extinction de l'obligation, à l'instar du payement.... *imaginaria solutio*, pourrions-nous dire aussi! (Inst. *Quib. mod. tollitur obligat.*, § 1).

Les solennités instrumentaires de la donation entre-vifs ne lui sont donc pas applicables.

Et l'acceptation, qui y est nécessaire, n'est autre que celle qui est nécessaire dans toutes les autres conventions (comp. notre *Traité* précité, t. III, n° 89; *infra*, n° 394).

379. — On peut dire que, généralement, toutes les obligations sont susceptibles de s'éteindre par la remise (arg. de l'art. 1134, 2e alinéa);

Toutes celles, du moins, bien entendu, qui, n'ayant trait qu'à l'intérêt privé du créancier, sont, en effet, susceptibles d'une renonciation de sa part (art. 6; comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois en général*, etc., n° 18; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 201).

En fait néanmoins, ce mode spécial d'extinction des obligations est surtout applicable à celles qui ont pour objet des sommes d'argent ou des objets mobiliers.

Et c'est, en effet, aussi à ces sortes d'obligations, que le législateur paraît surtout se référer, dans les articles de notre section.

380. — Il y a même toute une classe d'obligations, et des plus importantes, auxquelles la remise ne saurait être appliquée, du moins dans ses effets à l'égard des tiers.

Nous voulons parler des obligations, qui ont pour objet un corps certain.

Les Romains admettaient, il est vrai, la dissolution *contraria voluntate*, relativement aux contrats, qui se formaient *consensu*, lorsque les choses étaient entières, *re non secuta;* et, dans la vente, notamment, lorsque le prix n'avait pas été payé ni la chose livrée.... *nondum pretio soluto, neque fundo tradito.* (Inst. *Quib. mod. tollitur obligat.*, § 4).

C'est que, chez les Romains, la translation de propriété ne s'opérait, en effet, que sous cette double condition du payement du prix et de la tradition de la chose.

Mais, comme chez nous, au contraire, la translation de propriété s'opère indépendamment de l'une et de l'autre condition, la *contraria voluntas* des parties ne pourrait plus dissoudre le contrat, au préjudice des droits, qui auraient été déjà acquis aux tiers.

Leur mutuel dissentiment constituerait donc, à l'égard des tiers, non pas une dissolution de la vente ni une remise réciproque de leurs obligations, mais une véritable revente;

A moins donc qu'il n'existât aucune trace ni de la formation ni de l'extinction de cette obligation!

Et encore, même dans ce cas, ne pourrait-on pas dire qu'il y a eu remise de l'obligation, puisque l'obligation

serait censée n'avoir jamais existé ! (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 392.)

380 bis. — Il est certain du reste que le législateur du Code, dans cette section de la remise, a particulièrement en vue les obligations unilatérales, plutôt que les obligations réciproques, qui résultent d'un contrat synallagmatique (comp. Larombière, t. III, art. 1282, n° 1).

Ce n'est pas à dire pourtant que le mode d'extinction par la remise ne soit pas applicable aux obligations, qui résultent d'un contrat synallagmatique.

Il faut même remarquer que, en cas pareil, la remise de l'une peut entraîner virtuellement la remise de l'autre.

« *Utrinque per acceptilationem liberantur obligatione,* » disait Labéon. (L. 23, ff. *De acceptil.*).

Tel paraît être, en effet, le résultat logique et équitable de cette réciprocité même des deux obligations, dont l'une est la cause de l'autre.

Je vous fais remise de la vôtre.

Par cela seul, vous pouvez être aussi censé me faire remise de la mienne ;

Mais ce n'est là qu'une question de fait et d'interprétation (comp. Pothier, n° 612).

381. — La remise, d'ailleurs, peut être faite comme tout autre donation :

Soit purement et simplement;

Soit sous les modalités qu'il convient aux parties d'y mettre, conditionnellement, par exemple, ou à terme.

Il n'y a ni texte ni principe qui s'y oppose (comp. Pothier, n° 607).

382. — Comme aussi elle peut être faite :

Soit par le créancier lui-même au débiteur lui-même en personne ;

Soit par des intermédiaires, par des mandataires.

Tel est le droit commun des donations, ou, plus généralement, des conventions (art. 933 et suiv.; loi du 20 juin 1843, art. 2; art. 1984).

383. — Rappelons toutefois combien il importe toujours :

1° Que la remise soit acceptée par le débiteur, avant la mort du créancier (*supra*, n° 377) ;

2° Qu'une fois faite, elle ne dépende plus de la volonté ultérieure du créancier (art. 894, 944).

C'est, en effet, surtout lorsque la remise est faite sous condition ou par un intermédiaire, qu'il faut rigoureusement y veiller;

Afin de ne pas donner passage à une pratique, vers laquelle beaucoup sont enclins, et dont le résultat serait de restaurer, dans notre Droit nouveau, les anciennes donations à cause de mort, qu'il n'a pas voulu admettre (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, n° 30).

384. — Voici un militaire qui, sur le point d'entrer en campagne, charge un tiers de remettre à Paul le billet, par lequel celui-ci s'est reconnu son débiteur d'une somme de 20 000 fr., en déclarant qu'il tient Paul quitte de sa dette, s'il est tué dans un combat.

Ou c'est un marin, qui confie ce billet au tiers, avec la même déclaration, qu'il fait remise de la dette à son débiteur, s'il perd la vie dans un naufrage.

On peut supposer aussi un créancier atteint d'une maladie, qui menace de l'emporter, et qui ne fait la remise que sous la condition qu'il mourra, en effet, de cette maladie.

Le créancier militaire est tué dans un combat; — le créancier marin périt dans un naufrage; — le créancier malade succombe à sa maladie.

La remise est-elle valable, par l'accomplissement de la condition sous laquelle elle a été faite?

Eh bien! précisément la réponse dépend de la double question, que nous venons de poser.

Non, la remise ne sera pas valable :

1° Si le débiteur ne l'a pas acceptée, avant la mort du

créancier; et par conséquent, si le tiers intermédiaire n'a été chargé de lui restituer et ne lui a, en effet, restitué le billet qu'après la mort (comp. toutefois, *infra*, n° 392);

2° Si la remise n'a pas été actuelle et irrévocable; de sorte que, après l'avoir faite, le créancier ait pu la retirer.

Oui, au contraire, la remise sera valable :

1° Si le débiteur l'a acceptée avant la mort du créancier; si le tiers intermédiaire, par exemple, lui a remis, en effet, le billet avant sa mort, et plus sûrement encore, si c'est le créancier lui-même, qui l'a remis au débiteur;

2° Si la remise a été actuelle et irrévocable; de sorte qu'elle n'était pas désormais subordonnée à une condition potestative de la part du créancier, mais seulement à la condition casuelle de sa mort dans un combat, dans un naufrage, ou dans une maladie.

Nous avons du reste déjà exposé cette thèse, dans notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, avec les développements qu'elle comporte; et nous ne pouvons que nous y reférer. (Comp. ce *Traité* t. III, n°s 65 à 68; et n°s 88, 538 et 539 ; Cass., 23 juin 1862, Rochette, D. 1863, I, 454 ; Colmar, 5 juill. 1870, Burg, D. 1871, II, 105.)

385. — « *Si la remise peut se faire pour partie.* »

Tel est le titre du § 4 de l'article 1, que Pothier consacre à cette matière (n° 615).

Et, bien entendu, sa réponse est que la remise peut être partielle ou totale ;

Sans qu'il y ait lieu d'admettre, dans notre Droit français, les distinctions, que les solennités rigoureuses de l'acceptilation rendaient nécessaires en Droit romain.

Cela est, en effet, d'évidence !

II.

PAR QUI ET AU PROFIT DE QUI LA REMISE DE LA DETTE PEUT ÊTRE FAITE? — EN QUELLE FORME? — ET DE QUELLE MANIÈRE ELLE PEUT ÊTRE PROUVÉE?

SOMMAIRE.

386. — La remise, constituant, quant au fond, une donation, est, en effet, quant au fond, soumise aux règles générales, qui gouvernent les donations.
387. — Par qui et au profit de qui la remise peut être faite.
388. — Suite.
389. — Suite.
390. — Suite.
391. — Suite.
392. — Suite.
393. — Suite.
394. — La convention de remise peut être expresse ou tacite. - De la remise expresse.
395. — Suite.
396. — De la remise tacite. — Exposition.
397. — Suite.
398. — La loi a établi deux présomptions en cette matière : l'une, *juris et de jure*, dans l'article 1282 ; — l'autre, *juris tantum*, dans l'article 1283.
399. — D'après l'article 1282, la remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération. — Exposition.
400. — Quatre conditions sont requises pour que le débiteur puisse invoquer l'article 1282 et la présomption de libération, qu'il décrète.
401. — A. Il faut que la remise du titre par le créancier au débiteur ait été *volontaire*. — Observation sur ce mot : *remise* du titre.
402. — Suite.
403. — B. Il faut, en second lieu, que la restitution faite par le créancier au débiteur, soit celle du titre original de sa créance. — Explication.
404. — Suite.
405. — Suite.
406. — Suite.
407. — Suite.
408. — C. Il faut que ce soit par le créancier, que la restitution du titre ait été faite au débiteur.
409. — De la restitution du titre faite au débiteur par l'un des créanciers solidaires,
410. — Ou par l'un des créanciers simplement conjoints.
411. — D. Il faut que ce soit au débiteur, que la restitution du titre ait été faite par le créancier.
412. — De la restitution du titre faite par le créancier à l'un des co-

débiteurs solidaires, ou à l'un des débiteurs d'une obligation indivisible.
413. — De la restitution du titre faite à l'un des débiteurs simplement conjoints.
414. — La restitution du titre faite au débiteur principal libère la caution,
415. — Réciproquement, la restitution du titre faite à la caution, libère-t-elle le débiteur principal?
416. — La restitution du titre faite à l'une des cautions, libère-t-elle les autres cautions?
417. — Observation générale.
418. — Est-ce au débiteur de prouver que le titre, dont il est en possession, lui a été rendu volontairement par le créancier? — Est-ce, au contraire, au créancier de prouver que la possession du titre par le débiteur ne provient pas d'une restitution volontaire, qu'il lui en aurait faite?
419. — Suite.
420. — Suite.
421. — Suite.
422. — Suite.
423. — Lorsque le débiteur se trouve dans les conditions requises par l'article 1282, le créancier peut-il être admis à prouver que, en lui restituant volontairement son titre, il n'a pas eu l'intention de le libérer?
424. — Suite.
425. — Suite.
426. — D'après l'article 1283, la remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement, sans préjudice de la preuve contraire. — Exposition.
427. — Faut-il distinguer entre la grosse d'un acte notarié et la grosse d'un jugement de condamnation?
428. — Du cas où le créancier a rendu au débiteur le titre original, mais a gardé la grosse du jugement de condamnation.
429. — Les quatre conditions, auxquelles la présomption légale de l'article 1282 est subordonnée, sont également applicables à la présomption légale de l'article 1283.
430. — Mais il y a cette différence entre l'une et l'autre présomption, que, dans le cas de l'article 1282, le créancier ne peut pas contester la la preuve de libération, qui en résulte; tandis qu'il peut la contester, dans le cas de l'article 1283.
431. — Quel est le caractère de la libération, que les articles 1282 et 1283 présument? — Est-ce le payement? — Est-ce la remise?
432. — Suite.
433. — Suite.
434. — Suite.
435. — Suite.
436. — Suite.
437. — Suite.
438. — Suite.
439. — Suite.

440. — En dehors des deux présomptions, que la loi a établies dans les articles 1282 et 1283, les présomptions de libération ne peuvent être admises, en faveur du débiteur, que suivant le Droit commun, conformément à l'article 1353.
441. — Suite. — De la restitution de la chose donnée en nantissement.
442. — Suite.
443. — Suite.
444. — Suite.
445. — Suite.
446. — Suite.
447. — Suite.
448. — Suite.
449. — Suite.
450. — Suite.
451. — Suite.
452. — Suite.

386. — La remise, constituant, quant au fond, une donation, est, en effet, quant au fond, soumise aux règles générales, qui gouvernent les donations.

Il faut considérer cette proposition comme certaine;

Quoiqu'on lise, dans un arrêt de la cour de Colmar, ce motif que :

« En la forme, la remise est, ainsi que pour le fond, entièrement assimilée par la loi aux agissements ordinaires de la vie civile.... » (5 juill. 1870, Burg, D. 1871, II, 105.)

Pour la forme, oui!

Mais certainement non, *pour le fond!*

387. — C'est ainsi que la question de savoir par qui et au profit de qui la remise peut être faite, doit être décidée d'après les règles qui déterminent la capacité soit absolue, soit relative, de disposer ou de recevoir à titre gratuit (Pothier n° 622).

De même que les règles sur la réduction des donations, qui dépassent la quotité disponible, sur les causes de révocation dont elles sont susceptibles, et sur les rapports à succession, lui sont également applicables.

Il serait trop facile, en effet, d'éluder toutes ces rè-

gles, si la remise de la dette en était affranchie! (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, n° 100; et notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 205.)

388. — Nous parlons, bien entendu, de la remise proprement dite, de celle qui est faite à titre gratuit.

Quant à la remise, qui est faite à titre onéreux, la capacité du créancier, qui la consent, et du débiteur, qui l'accepte, est déterminée d'après les règles relatives aux contrats à titre onéreux.

Et les autres règles sur les donations entre-vifs ne la concernent pas non plus;

Du moins, en tant que l'avantage, que le créancier en retire, est tel, en effet, qu'il ne laisse plus à la remise son caractère d'acte à titre gratuit. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 201.)

389. — Que la remise ne puisse être faite que par le créancier lui-même, lorsqu'il est capable de disposer, ou par son fondé de pouvoir spécial, cela est évident!

Un fondé de pouvoir général n'a pas ce droit; pas plus qu'un tuteur.

Ces personnes, disait Pothier, n'ont pouvoir et qualité que pour administrer, et non pas pour donner (n° 619; comp. art. 1988).

390. — Mais nous pensons qu'il en est autrement, quand il s'agit, au contraire, d'accepter la remise, au nom du débiteur.

Pourquoi, en effet, refuserait-on ce droit au fondé de pouvoir général?

Ce fondé de pouvoir a qualité pour faire, dans l'intérêt de son mandant, tous les actes, qui peuvent lui être utiles, et notamment pour éteindre ses dettes.

Or, quel acte plus utile à son mandant peut-il faire que d'accepter la remise, qui est faite par le créancier? est-il une manière d'éteindre l'obligation, qui soit plus avantageuse pour le débiteur?

Il est vrai que l'article 933 dispose que la donation entre-vifs, lorsque le donataire est majeur et ne l'accepte pas lui-même, doit être acceptée par la personne fondée de sa procuration, portant pouvoir d'accepter la donation faite, ou un pouvoir général d'accepter les donations, qui auraient été ou qui pourraient être faites, et que même cette procuration doit être passée devant notaire.

Mais il s'agit, dans cet article, *de la forme des donateurs entre-vifs.*

Or, précisément, la remise de la dette est affranchie de ces formes spéciales et solennelles (comp. *infra*, n° 394).

391. — Aussi, pensons-nous que la remise pourrait être acceptée même par un simple gérant d'affaires, c'est-à-dire par celui qui aurait entrepris, sans mandat, l'administration des affaires du débiteur.

S'il n'a pas reçu de mandat, il s'est du moins constitué mandataire de sa propre initiative.

Et une fois engagé dans cette gestion, il y remplit le même rôle et il y contracte les mêmes obligations, que celles qui résulteraient d'un mandat exprès, que lui aurait donné le propriétaire. (Art. 1372.)

392. — Ne faut-il pas même aller plus loin, et décider qu'un tiers sans mandat pourrait se constituer gérant d'affaires du débiteur, à la seule fin d'accepter la remise que son créancier voudrait lui faire, et pour cet acte unique.

Tel est, en effet, notre avis.

Nous avons pensé, il est vrai, que les principes rigoureux de la donation entre-vifs proprement dite s'opposent à ce qu'un tiers sans mandat puisse faire une acceptation valable pour celui auquel une donation est offerte (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 65);

Mais, précisément, en exceptant de cette solution les contrats ordinaires de la vie civile. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 240.)

Orce n'est point aux principes rigoureux, qui régissent la donation entre-vifs proprement dite, que la remise est soumise quant à la forme; c'est aux principes, qui régissent les contrats ordinaires de la vie civile;

Donc, nous devons conclure que la remise peut être acceptée par un tiers, sans mandat, qui se porte, à cet effet, gérant d'affaires du débiteur. (Comp. *infra*, n° 413.)

393. — A ceux du reste, auxquels cette conclusion ne paraîtrait pas admissible, nous proposerons un autre moyen.

Que le tiers, le parent ou l'ami, qui veut accepter la remise pour le débiteur absent ou empêché, commence par faire une novation de la créance avec le créancier.

Le concours du débiteur n'y est pas, nous le savons, nécessaire (art. 1274).

Et une fois la novation faite, le tiers constitué lui-même débiteur, pourra accepter, en son propre nom, la remise, que le créancier veut faire à celui qui était son premier débiteur et qui, en réalité, malgré cette apparence de novation, n'avait pas cessé de l'être.

Cet ingénieux expédient est précisément celui qu'Ulpien conseillait d'employer, en cas pareil :

« .... *Ita fiet*, disait-il, *ut absens novatione, præsens acceptilatione liberetur.* » (L. 13, § 10, ff. *De acceptilatione*).

394. — La convention de remise peut être expresse ou tacite.

a. Elle est expresse, lorsqu'elle se révèle par une déclaration, par une manifestation *ad hoc* de la volonté du créancier de renoncer à sa créance, au profit du débiteur.

La remise, même dans ce cas, n'est pas soumise à la forme solennelle, que l'article 931 exige pour la donation entre-vifs.

Elle peut donc être faite par acte sous seing privé, aussi bien que par acte authentique.

C'est que la loi y a vu non pas *un acte portant donation entre-vifs*, mais simplement un acte portant quittance et libération de l'obligation.

Aussi l'a-t-elle placé dans le *Titre des contrats ou des obligations conventionnelles*, au chapitre *de l'extinction des obligations*.

395. — Il n'est pas, toutefois, sans intérêt d'ajouter qu'il est prudent, de la part des parties, de ne pas trop imprimer le caractère de donation à l'acte, par lequel elles constatent la remise.

L'emploi des mots: donateur et donataire, pourrait n'y être pas sans danger, dans le cas où l'acte contiendrait des clauses, qui modifieraient les effets légaux de la remise, en imposant, par exemple, certaines charges au débiteur, déclaré donataire.

Nous reproduisons donc ici l'observation, que nous avons déjà faite ailleurs, qu'il convient d'apporter une grande attention à la rédaction de ces sortes d'actes. (Comp. *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 84.)

396. — *b*. La convention de remise est tacite, lorsqu'elle résulte de faits, qui impliquent, de la part du créancier, la renonciation à sa créance, au profit du débiteur.

Quels sont ces faits? et de quelle manière peuvent-ils être prouvés.

Telle est, en effet, la question, sur la partie de notre sujet, que nous abordons, une question de preuve! (Comp. *supra*, n° 372.)

La règle, d'ailleurs, à cet égard, est très-simple.

De même que la remise, quant aux conditions nécessaires à sa validité, est soumise aux règles du Droit commun pour la validité des conventions en général (*supra*, n° 374);

De même, elle est soumise aux règles du Droit commun pour la preuve des conventions, quant à la manière dont elle peut être prouvée.

La remise est, en effet, sous ce second rapport de même que sous le premier, une convention comme une autre!

397. — Or, s'il est vrai que l'écriture n'est pas, en général, une condition nécessaire pour la validité des conventions (comp. le t. I de ce *Traité*, n° 30);

Il faut ajouter que la preuve testimoniale n'est pas admise, lorsque l'objet de la convention excède la somme ou valeur de cent cinquante francs (art. 1341).

Ce principe ne reçoit d'exception que dans les cas expressément déterminés par la loi, et qui sont les suivants, indépendamment, bien entendu, de l'aveu de la partie et du serment; à savoir :

1° Lorsqu'il n'a pas été possible aux parties de se procurer une preuve littérale;

2° Lorsque la preuve littérale, qu'elles s'étaient procurée, a été perdue par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (art. 1348);

3° Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347);

4° Lorsque la loi elle-même a établi une présomption, ou lorsqu'elle autorise le magistrat à en admettre (art. 1349 et suiv.).

398. — Eh bien! précisément, la loi dans cette matière a établi deux présomptions :

L'une, dans l'article 1282;

L'autre, dans l'article 1283;

C'est-à-dire que d'un certain fait connu elle a induit le fait inconnu, qui était à prouver, la remise de la dette.

La première présomption n'admet pas la preuve contraire; elle est, comme on dit dans la doctrine, *juris et de jure*;

Tandis que la seconde admet la preuve contraire; elle est *juris tantum*. (Art. 1352.)

Examinons-les donc successivement.

399. — Aux termes de l'article 1282 :

« La remise volontaire du titre original sous signature « privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la « libération. »

Quel est le fait connu?

C'est que le créancier a rendu volontairement au débiteur le titre unique, qui formait, dans ses mains, la seule preuve de sa créance.

Et le fait inconnu?

C'est l'intention du créancier; c'est ce qu'il a voulu, en rendant ce titre au débiteur.

Eh bien! le législateur lui-même, épargnant au juge tout examen, décide que l'intention du créancier a été de faire remise de la dette.

Voilà ce qu'il présume de plein droit.

Et très-justement, sans doute!

Quelle autre intention, en effet, présumer chez le créancier, lorsqu'il se désarme ainsi absolument, en s'enlevant tout moyen de prouver sa créance!

Aussi, cette présomption a-t-elle toujours été admise :

Soit par les jurisconsultes romains (Paul, L. 2, § 1 ff. *de Pactis*);

Soit par nos anciens jurisconsultes français (Pothier, n° 608).

400. — Mais il importe de remarquer les conditions auxquelles l'article 1282 soumet, dans ce cas, la preuve de la libération du débiteur.

Il y en a quatre; à savoir :

A. Que la remise soit volontaire;

B. Qu'elle soit du titre original;

C. Qu'elle soit faite par le créancier;

D. Qu'elle soit faite au débiteur.

401.— A. La première condition est d'évidence; c'est la cause efficiente de la remise : la volonté du créancier!

Et cette volonté se manifeste par la restitution, qu'il fait de son titre au débiteur.

Par la restitution, disons-nous.

L'article 1282 dit : *par la remise.*

Mais, évidemment, cette rédaction n'est pas heureuse!

Voilà, en effet, dans cet unique et si bref article, le mot : *remise*, employé dans deux sens différents, pour exprimer d'abord : la tradition matérielle, *corporelle*, de l'acte; et ensuite, la renonciation intellectuelle, *incorporelle*, du créancier!

Or, cette terminologie est très-peu correcte.

L'ambiguïté, qui en résulte, pourrait dérouter l'esprit, si la chose, par elle-même, n'était pas si claire!

Ce n'est pas là le langage scientifique du droit, mais plutôt le langage de la pratique, qui confond si souvent le bien intellectuel avec le mode matériel de preuve, l'*instrumentum!*

Nos anciens n'avaient pas commis cette confusion :

« ..... Si debitori meo *reddiderim* cautionem,... » disait Paul (*loc. supra cit.*).

« Si le créancier a *rendu* au débiteur son billet,... » disait Pothier (n° 608).

Telle est, en effet, la vraie formule : la restitution volontaire du titre par le créancier au débiteur.

402. — Le débiteur a obtenu la possession matérielle du titre par erreur, violence ou dol!

Il était le commis ou le facteur du créancier; il a assisté, en une qualité quelconque, à un inventaire ou à une levée de scellés, qui avait lieu chez lui, et il en a abusé pour s'emparer du titre.

Ou bien, il a trouvé ce titre, que le créancier avait perdu.

Évidemment, il ne pourra pas invoquer l'article 1282; car ce n'est pas le créancier, qui lui a restitué le titre.

La réponse devrait être semblable, dans le cas même où ce serait le créancier qui lui aurait livré la possession du titre, si cette livraison n'avait pas été volontaire, ou

si, même ayant été volontaire, elle n'avait pas eu lieu dans l'intention de lui faire remise de la dette.

Un incendie éclate dans la maison du créancier; et celui-ci confie son titre au débiteur pour qu'il le sauve et le mette en sûreté (comp. Pothier, n° 609; Toullier, t. IV, n° 324).

Ou encore, le débiteur, à qui le créancier présente le titre pour être payé, en demande communication; et quand le créancier l'a mis en ses mains pour qu'il en prenne lecture, il s'écrie : *Je suis libéré par la remise!*

Non, certes, vous n'êtes pas libéré, car il n'y a pas eu *volonté* de remise.

Cela est, disons-nous, dans tous ces cas, d'évidence.

Ce qu'il peut y avoir seulement de délicat, c'est la question de preuve; et nous allons bientôt y arriver.

403. — B. Il faut, en second lieu, que la restitution faite par le créancier au débiteur soit celle *du titre original*, c'est-à-dire du seul titre qui formait, dans ses mains, la preuve de sa créance.

Il existait deux exemplaires du titre; et le créancier n'en a livré qu'un au débiteur.

Pas de remise de la dette!

Il en serait de même dans le cas où il existerait trois ou quatre exemplaires, si le créancier en avait gardé même un seul, après avoir livré tous les autres.

Car il aurait toujours son titre!

Il faudrait donc, pour que l'article 1282 fût applicable, que le créancier eût restitué au débiteur tous les exemplaires.

404. — A plus forte raison, l'article 1282 ne serait-il pas applicable, si, au lieu *du titre original*, le créancier n'avait livré au débiteur qu'une copie de ce titre!

405. — C'est un titre recognitif ou confirmatif, que le créancier a livré au débiteur.

Pas de remise non plus, puisque ce n'est pas le titre original (art. 1337).

A moins pourtant que le titre, dont le débiteur serait en possession, ne fût un *titre nouvel* destiné à remplacer le titre original, et qui formait désormais, dans les mains du créancier, la seule preuve de son droit (comp. Larombière, t. IV, art. 1282, n° 6).

406. — Est-ce la peine de dire que l'on ne doit pas considérer comme des titres originaux, dans le sens de l'article 1282, les simples factures ou tous autres mémoires ou états détaillés de fournitures ou de dettes diverses, qui sont livrés par le créancier au débiteur!

Ces sortes de pièces, en effet, n'étant pas signées par le prétendu débiteur, ne forment pas un titre contre lui.

Et, en conséquence, le créancier ou celui qui se prétend tel, ne s'est nullement dessaisi, en les lui livrant, du moyen de prouver sa créance.

Il en serait autrement, si la facture ou le mémoire, dont le débiteur est en possession, portait, avec la signature, un : *pour acquit*, ou toute autre mention libératoire.

Et encore, convient-il de rappeler ce que nous venons de dire, à savoir : qu'il faut que la livraison du titre ait été faite par le créancier, volontairement, dans l'intention en effet, de tenir quitte son débiteur.

Or, précisément, il arrive souvent que les marchands et les fournisseurs, auxquels le consommateur demande sa facture, la lui envoient de confiance, tout acquittée d'avance!

Or, il est clair qu'une telle tradition ne rentre pas dans les termes de l'article 1282 (comp. *supra*, n° 402; Duranton, t. XII, n° 364; Larombière, t. IV, n° 14).

407. — A s'en tenir aux termes de l'article 1282, la présomption de remise, qu'il édicte, ne s'appliquerait qu'au cas où le titre original restitué par le créancier du débiteur, serait *sous signature privée*.

Supposons, pourtant, que le titre original du créancier consiste dans un acte authentique rédigé en brevet. (Comp. Loi du 25 ventôse an XI, art. 20.)

Et voilà qu'il le restitue volontairement au débiteur !

Quel moyen a-t-il maintenant de prouver, contre lui, sa créance?

Il n'en a plus aucun !

Donc, le motif essentiel, sur lequel est fondée la présomption de remise, que l'article 1282 décrète, est applicable dans ce cas, aussi bien que dans celui où le titre est sous signature privée.

Assurément oui !

Telle était, en effet, la solution de Pothier, qui n'y faisait aucun doute :

« ... Si le créancier, disait-il, a rendu au débiteur *son billet ou le brevet d'obligation...* » (n° 608.)

Telle est aussi, certainement la solution de notre Code !

Car la restitution du titre rédigé en brevet, ne rentre pas dans la disposition de l'article 1283, qui ne s'applique qu'à la restitution de *la grosse du titre;* ce qui implique que le titre n'a pas été rédigé en brevet.

D'où il faut conclure qu'elle rentre dans la disposition de l'article 1282, dont les termes doivent être considérés comme démonstratifs. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 471, 521; Toullier, t. IV, n° 324; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 209; Larombière, t. III, art. 1282, n° 7.)

408. — C. C'est par le créancier que le titre doit avoir été rendu au débiteur.

Par le créancier lui-même, ou, bien entendu, par une personne, ayant pouvoir pour le lui rendre en son nom.

Car c'est de lui, en effet, que doit émaner cette *volonté*, d'où résulte, au profit du débiteur, la force probante de la restitution, qui lui a été faite du titre de la créance.

La tradition, qui lui en serait faite par un tiers sans mandat du créancier, ne saurait donc former, en sa faveur, une preuve de libération.

Est-ce que, par exemple, le débiteur pourrait invo-

quer l'article 1283, si la remise de la grosse du titre ne lui avait été faite que par le notaire, qui n'avait reçu, à cet effet, aucun mandat du créancier ! (Comp. Cass. 23 juill. 1828, Sirey 1828, I, 308 ; Douai, 29 nov. 1849, Garret, Dev. 1850, II, 223, Cass. 24 nov. 1858, Bonnefon, Dev. 1859, I, 614 ; Bordeaux, 11 juill. 1859, Taupignon, Dev. 1860, II, 92.)

409. — Mais voici que le titre a été rendu au débiteur par l'un des créanciers solidaires seulement.

Cette restitution place-t-elle le débiteur dans les termes de l'article 1282, envers les autres créanciers ?

Peut-il soutenir qu'elle fait également preuve, contre eux, de sa libération ?

Non pas ! pourrait-on dire ; car, aux termes du second alinéa de l'article 1197 :

« La remise, qui n'est faite que par l'un des créanciers « solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce « dernier. »

Il est vrai !

Mais, aux termes du premier alinéa de ce même article :

« Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'au- « tre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été pré- « venu par les poursuites de l'un d'eux. »

Or, aux termes de l'article 1282, c'est une preuve de libération, c'est-à-dire, ainsi que l'explique l'article 1283, une preuve *de remise ou de payement*, qui résulte de la restitution du titre faite par le créancier au débiteur.

Donc, le débiteur peut opposer, en effet, cette restitution aux autres créanciers solidaires comme une preuve de payement. (arg. l'art. 1284.)

410. — Faut-il appliquer aussi cette solution aux créanciers simplement conjoints ?

Primus, créancier de Secundus d'une somme de 40,000 fr., en vertu d'un titre sous signature privée, décède, laissant quatre héritiers, chacun pour un quart.

Et l'un d'eux a rendu à Secundus le titre original de la créance commune.

Cette restitution forme-t-elle, en faveur de Secundus, une preuve de libération contre les trois autres ?

M. Larombière repond négativement, et qu'elle ne fait preuve de sa libération qu'à l'égard de celui qui a rendu le titre, pour la portion seulement, que celui-ci avait dans la dette.

D'une part, en effet, ajoute-t-il, il n'est pas exact de dire que le titre original a été remis par le créancier, puisque la créance se divise de droit entre plusieurs ; et d'autre part, le débiteur, en supposant même qu'il ait réellement payé, n'a pas payé valablement entre les mains d'un seul, puisque ce dernier n'était pas créancier de la totalité. Les autres peuvent donc, nonobstant la remise du titre original, laquelle est irrégulière par rapport à eux, le poursuivre en payement de leurs parts, sauf son recours en répétition de l'indû. Car la remise du titre original établit en sa faveur, envers celui des créanciers conjoints, qui l'a faite, présomption de libération même pour la totalité de la créance. (T. III, art. 1282, n° 9.)

Nous tenons toutefois à remarquer que la présomption de libération, que l'article 1282 décrète, doit en général comprendre la créance tout entière ;

Et cela, lors même qu'il s'agit d'une créance simplement conjointe.

Telle est la conséquence du motif essentiel, sur lequel cette présomption est fondée.

Quel est ce motif ?

C'est que le créancier, qui se dessaisit absolument du seul moyen, qu'il avait de prouver sa créance, doit être présumé en faire remise ou avoir reçu son payement.

Or, ce motif est absolu !

C'est, en effet, ce que reconnaît lui-même le savant auteur, que nous venons de citer, en concluant que la restitution du titre au débiteur par l'un des créanciers con-

joints, fait preuve, entre eux, de la libération pour la totalité de la créance.

Quant aux autres créanciers conjoints, ils ne doivent pas sans doute être victimes de l'imprudence du débiteur qui a payé la totalité à celui d'entre eux, qui n'était créancier que d'une portion.

Ils pourront donc, en effet, soutenir que ce payement, en ce qui concerne leur portion, n'est pas valable.

Mais comme on le voit, ce n'est point la preuve du payement qui sera mise en question.

C'est sa validité! ce qui est tout différent (comp. Douai, 29 nov. 1849, Garret, Dev. 1850, II, 223).

411.—D. Enfin, il faut, en quatrième lieu, avons-nous dit, que la restitution du titre ait été faite au débiteur, soit à lui-même, soit à une personne ayant qualité pour la recevoir en son nom.

Vous êtes créancier d'une société financière,

Et vous remettez votre titre, non pas à la société, votre débitrice, mais à l'un des associés, personnellement, en son nom privé.

Est-ce que la société pourra invoquer cette tradition de votre titre, comme une preuve de libération, en sa faveur, aux termes de l'article 1282?

Assurément non! (comp. Cass. 1er févr. 1842, Fombelle, Dev. 1842, I, 203).

412. — Que la restitution du titre faite par le créancier à l'un des débiteurs solidaires fasse preuve de la libération, au profit des autres co-débiteurs, c'est la disposition formelle de l'article 1284 :

« La remise du titre original sous signature privée, « ou de la grosse du titre, à l'un des débiteurs solidaires, « a le même effet au profit de ses co-débiteurs. »

C'est que, en effet, il n'y a qu'une seule dette, et que chacun d'eux, étant débiteur pour le tout, peut payer pour le tout (art. 1200).

Il faut en dire autant du co-débiteur d'une dette indi-

visible (comp. *infra* n° 460 ; Larombière, t. III, art. 1284, n° 2).

413. — Mais que faut-il décider, en ce qui concerne les débiteurs simplement conjoints ?

C'est la même question, en sens inverse, que nous avons tout à l'heure résolue, en ce qui concerne les créanciers conjoints (*supra*, n° 410).

Cette fois, ce n'est pas le créancier qui est mort.

C'est le débiteur, qui a laissé quatre héritiers, dont chacun est devenu débiteur pour un quart.

Et le créancier a restitué à l'un d'eux le titre original de sa créance.

Cette restitution fait-elle preuve aussi de libération contre lui, en faveur des trois autres?

L'article 1284 semble bien fournir un argument *a contrario* pour la négative; en ne mentionnant que les débiteurs solidaires, n'exclut-il point les débiteurs conjoints?

Tel est, en effet, le sentiment de M. Larombière.

« La remise même du titre à l'un des débiteurs simplement conjoints, sans que la dette soit solidaire ni indivisible, fait seulement preuve de sa libération pour sa portion virile, et n'établit point de même, à l'égard du créancier, la libération des autres pour leurs parts personnelles. Ce débiteur est, en effet, un tiers pour ces dernières parts; et si le titre, qui n'était pas susceptible d'une remise divisée, lui a été remis, on peut encore légitimement supposer que ce n'a été qu'à la charge, par lui, de le communiquer au créancier, lorsqu'il demanderait aux autres le surplus de la créance » (t. III, art. 1282, n° 10).

Nous croyons néanmoins devoir proposer la solution contraire.

On sait combien l'argument *a contrario* est généralement peu péremptoire par lui-même; et celui, que dans ce cas particulier, on déduit de l'article 1284, en est, suivant nous, un exemple.

L'argument, qui nous paraît ici décisif, c'est celui qui résulte, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, du motif essentiel sur lequel repose la présomption légale de l'article 1282.

Le créancier qui, volontairement, se dessaisit de son seul titre, et se met ainsi dans l'impossibilité de prouver sa créance, est présumé nécessairement avoir été payé ou renoncer à l'être;

Or, en se désarmant envers l'un des débiteurs conjoints, le créancier s'est, du même coup, désarmé envers les autres; quel que soit celui auquel il a rendu son titre, il est désormais, envers tous, dans une égale impossibilité de les poursuivre;

Donc, la restitution du titre faite à l'un, doit être censée faite à tous; et elle doit, en conséquence, produire un effet absolu.

Pothier, pour expliquer comment la restitution du billet, que le créancier fait à l'un des débiteurs solidaires, décharge aussi les autres, disait :

« Car, s'il n'eût voulu décharger que l'un des débiteurs, il aurait retenu le billet, qui lui aurait été nécessaire pour faire payer les autres » (n° 608).

Or, ce motif est de même tout à fait applicable aux débiteurs conjoints.

On objecte qu'il y a plusieurs dettes distinctes; et que celui des débiteurs auquel le créancier a rendu le titre, est, à l'égard des autres, un tiers sans mandat !

Nous répondons que s'il y a plusieurs dettes, il n'y a qu'un seul titre ! et que cette unité du titre place tous les débiteurs, sous ce rapport, dans la même situation envers le créancier.

Il faut supposer, dit-on, que le créancier n'a rendu son titre à l'un d'eux qu'à la charge de le lui communiquer, lorsqu'il demandera à chacun des autres sa part.

Supposition, suivant nous, très-peu vraisemblable !

Le créancier, en effet, n'aurait plus alors de titre contre les autres ; il se mettrait à l'entière discrétion de celui auquel il aurait rendu son titre.

Cela est-il présumable ? et puis, lorsqu'il viendrait ensuite, à l'effet, dirait-il, de poursuivre les autres, le redemander à celui auquel il l'aurait rendu, celui-ci, à son tour, s'il le lui rendait, n'aurait plus aucune preuve de sa libération ; et c'est lui, qui se trouverait maintenant à l'entière discrétion du créancier !

Grande serait, de part et d'autre, l'imprudence d'accepter des situations pareilles.

C'est-à-dire qu'il faudrait alors rédiger des actes par écrit ; ce qui écarterait finalement l'application de l'article 1282 !

Or, au contraire, il est certain que l'article 1282 est applicable, puisque nous sommes en présence d'un débiteur, auquel le créancier a rendu volontairement le titre unique de sa créance.

Concluons donc que, en le rendant à l'un des débiteurs, le créancier doit être présumé l'avoir rendu aux autres.

Après tout, ceux-ci, quoique débiteurs conjoints, sont tenus, chacun pour sa part, d'une dette commune.

Sans doute, le mandat réciproque, que les codébiteurs solidaires sont censés s'être donné à l'effet d'améliorer leur position, n'existe pas entre les débiteurs conjoints.

Mais cette simple conjonction dans une dette commune permet-elle du moins de supposer plus facilement un acte de gestion d'affaire par l'un dans l'intérêt des autres.

Veut-on voir dans la restitution volontaire, que le créancier a faite de son titre à l'un des débiteurs, la preuve d'un payement de toute la créance ?

Ce débiteur a pu, en effet, payer toute la créance, comme gérant d'affaires de ses codébiteurs conjoints.

Et c'est aussi comme gérant d'affaires qu'il aura pu l'accepter, si on veut y voir la preuve d'une remise (comp. *supra*, n° 392 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 207 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 233 *bis* V).

414. — Que la restitution du titre original faite par le créancier au débiteur principal profite à la caution, est-ce la peine de le dire?

La loi, il est vrai, ne s'en est pas expliquée.

L'article 1287, qui dispose, dans un premier alinéa, que :

« La remise ou décharge conventionnelle accordée au « débiteur principal libère les cautions ; »

Cet article, disons-nous, ne s'applique qu'à la remise *expresse*, qu'il appelle spécialement la remise conventionnelle.

Il ne s'occupe pas de la remise *tacite*.

Mais qu'importe?

Est-ce que le créancier, qui s'est désarmé contre le débiteur principal, en lui rendant son seul titre, ne s'est pas désarmé contre la caution ?

Est-ce que surtout la caution peut demeurer obligée, quand le débiteur principal ne l'est plus (art. 2034) !

415. — Mais ce n'est pas au débiteur principal que le créancier a rendu son seul titre.

C'est à la caution !

Le débiteur principal peut-il invoquer l'article 1282 ?

Aux termes de l'article 1287, second alinéa :

« La remise ou décharge conventionnelle accordée à « la caution ne libère pas le débiteur principal. »

Oui ! la remise ou décharge, que notre Code appelle *conventionnelle*, c'est-à-dire la remise expresse ;

Mais non pas la remise tacite, qui résulte de la restitution volontaire du titre par le créancier.

Le créancier, qui a rendu son seul titre à la caution, s'est-il désarmé envers le débiteur principal lui-même aussi absolument qu'envers la caution ?

Cela est évident!

Donc, la preuve de libération, qui en résulte, est la même pour l'un comme pour l'autre.

416. — C'est par le même aussi que la restitution de son seul titre faite par le créancier à l'une des cautions, libère les autres;

Et cela, nonobstant l'article 1287, troisième alinéa, qui dispose que :

« La remise ou décharge conventionnelle accordée à « l'une des cautions ne libère pas les autres. »

Car, il ne s'agit pas ici de la remise expresse, dont s'occupe l'article 1287;

Il s'agit de la remise tacite, dont s'occupe l'article 1282.

417. — En résumé, sur cette dernière condition de l'article 1282, à savoir : que la restitution du titre original ait été faite par le créancier au *débiteur*, nous concluons que, dans ce mot : *débiteur*, il faut comprendre toute personne obligée à la dette, soit pour le tout, soit pour partie, soit principalement, soit accessoirement.

418. — Telles sont donc les quatre conditions requises pour que l'article 1282 soit applicable (comp. nos 400 et suiv.).

Mais ici s'élève une question délicate.

A laquelle des deux parties doit être imposée l'obligation de prouver que ces conditions ont été remplies?

Voici un débiteur, qui est en possession du titre original de la créance.

Est-ce à lui de prouver que le titre lui a été restitué volontairement par le créancier?

Est-ce, au contraire, au créancier de prouver que la possession du titre par le débiteur ne provient pas d'une restitution volontaire qu'il lui en aurait faite?

Cette question est, en effet, délicate; et elle paraît avoir toujours été controversée dans l'ancien Droit aussi bien que dans le Droit nouveau.

419. — Quelques auteurs, au nombre desquels était Boiceau, proposaient autrefois une distinction :

Le débiteur prétend-il que le créancier lui a rendu le titre comme acquitté?

La présomption est en sa faveur.

Prétend-il, au contraire, que le créancier lui a rendu le titre pour lui faire remise de la dette ?

Il en est autrement, parce que si la possession du titre peut faire présumer *un payement*, elle ne peut faire présumer *une donation.... Nemo enim facile donare præsumitur.*

Mais cette distinction était rejetée par Pothier (n° 609).

Et il nous paraît certain qu'elle ne saurait être non plus admise sous notre Code.

L'article 1282, en effet, dispose, d'une manière absolue, que la restitution du titre, dans les conditions qu'il détermine, fait preuve *de la libération,* sans distinguer entre le payement et la remise.

Bien plus ! l'article 1283 dispose même, plus expressément encore, que la restitution de la grosse fait présumer *la remise de la dette ou le payement;*

Sans établir, quant à la question de preuve, de différence entre l'un et l'autre mode de libération.

420. — D'après une opinion plus accréditée, et qui semble d'abord plus logique, c'est le débiteur qui doit prouver que la restitution du titre lui a été faite volontairement par le créancier.

En effet, dit-on, aux termes de l'article 1315, c'est à celui qui se prétend libéré, de justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ;

Or, aux termes de l'article 1282, l'extinction de l'obligation résulte, non pas de la simple possession du titre original par le débiteur, mais bien de la restitution qui lui a été faite volontairement de ce titre par le créancier ;

Donc, il ne suffit pas au débiteur de prouver qu'il pos-

sède le titre ; il faut qu'il prouve que c'est par le créancier que ce titre lui a été volontairement rendu.

On objecte qu'il est possesseur et défendeur, et que, à ce double titre, il est dispensé de toute preuve.

Possesseur ?

Oui, sans doute, il l'est de fait ; mais il s'agit d'apprécier le caractère de cette possession ; or, l'argument, qui précède, démontre que le fait seul de la possession du titre, ne suffit pas à le protéger.

Et quand il ajoute : *Je suis défendeur!* la réplique qu'on peut lui faire, n'est pas moins directe.

C'est que vous devenez, au contraire, demandeur par voie d'exception, en tant que vous prétendez prouver votre libération contre le créancier, qui a prouvé, contre vous, sa créance ! (Comp., Menochius, lib. III, *de Præsumpt.*, 140, n° 21 ; Toullier, t. IV, n° 324.)

421. — Cette opinion semble, disons-nous, logiquement déduite.

Et, toutefois, elle aboutit à une conclusion telle, qu'il ne paraît pas possible de s'y rendre.

Aussi, le plus grand nombre des interprètes s'est-il rangé à l'opinion contraire, d'après laquelle la possession du titre par le débiteur fait présumer qu'il lui a été rendu volontairement par le créancier.

Quelle est, en effet, la conclusion à laquelle aboutit finalement l'opinion, qui précède ?

C'est qu'il faudrait que le débiteur, lorsque le créancier lui restitue volontairement son titre, se fît en même temps remettre par lui la preuve écrite de cette restitution !

Mais, vraiment, il serait alors bien plus simple que le débiteur se fît délivrer une quittance ou un acquit constatant sa libération !

Et sa libération résulterait ainsi, non pas de la restitution volontaire du titre par le créancier, mais de l'acte écrit qui la constaterait.

C'est-à-dire que la disposition de l'article 1282, dépourvue désormais de toute utilité pratique, disparaîtrait complétement !

On répond, il est vrai, que le débiteur pourra prouver par tous les moyens, même par témoins, que c'est le créancier qui lui a rendu son titre, et que par conséquent il n'est pas nécessaire qu'il s'en procure une preuve par écrit, preuve que le législateur, en effet, n'exige évidemment pas.

Mais combien il s'en faut qu'une telle réponse soit satisfaisante !

La restitution du titre ne pourra donc plus avoir lieu sûrement, entre le créancier et le débiteur, s'il n'y a pas de témoins ; et il faudra, en conséquence, en appeler.

Et si on n'en a pas ?

Et si les témoins, que l'on aurait appelés, viennent à disparaître par absence ou par décès ?

Le débiteur ne pourra plus prouver sa libération ; et il sera à la merci du créancier.

Évidemment donc, le simple bon sens démontre que, dans la pensée du législateur, qui a édicté l'article 1282, la possession du titre par le débiteur doit en faire présumer la restitution volontaire par le créancier.

Et c'est dans ce sens, en effet, qu'il l'a lui-même expliqué :

« Cette preuve, disait M. Bigot-Préameneu, ne doit pas être à la charge du débiteur, parce que la remise du titre étant un moyen naturel et usité de se libérer, il faut, pour écarter ce moyen, prouver qu'il n'existe pas réellement, et que la remise n'est pas volontaire. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 381 ; comp. aussi le discours de M. Jaubert, *h. l.*, p. 483).

Telle était déjà, dans notre ancien Droit, la doctrine de Pothier, qui ajoutait aussi que la restitution volontaire du titre par le créancier est la voie naturelle, par laquelle

la possession en a pu passer de la personne du créancier, en laquelle elle était, en la personne du débiteur. (n° 609; comp. Liége, 15 janv. 1806; Colmar, 6 mars 1816, Dev. et Car., coll. nouv. II et III; Delvincourt, t. II, p. 71; Duranton, t. XII, n° 362; Colmet de Santerre, t. V, n° 231 *bis*, III; Larombière, t. III, art. 1282, n° 11.)

422. — Voilà, suivant nous, la vraie doctrine.

Nous nous empressons, toutefois, d'ajouter que cette doctrine n'a été érigée précisément par aucun texte en une présomption légale, et que, par conséquent, c'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier, d'après les circonstances, l'origine et le caractère de la possession du titre par le débiteur, pour décider si elle provient ou non de la restitution volontaire que le créancier lui en aurait faite. (comp. Cass., 11 février 1873, Durand, Dev., 1873, I, 160.)

C'est-à-dire qu'il faut réserver au créancier le droit de prouver, par tous les moyens, que la possession du titre par le débiteur ne provient pas d'une restitution volontaire qu'il lui en aurait faite.

C'est par suite de perte ou de vol, dit le créancier, que vous en avez obtenu la possession;

Ou par suite d'une délivrance entachée d'erreur, de violence ou de dol.

Dans tous ces cas, le créancier pourra établir sa preuve soit par des témoins, soit par des présomptions abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats.

Car il s'agit de faits, dont il n'a pas pu se procurer une preuve par écrit. (Arg. des art. 1348 et 1353.)

Il en serait de même dans le cas où le créancier prétendrait que c'est par suite d'un abus de confiance de la part d'un tiers, dépositaire ou mandataire, que le titre est parvenu en la possession du débiteur; car il ne s'agirait pas alors de prouver directement contre

le tiers, la convention de dépôt ou de mandat, mais bien de prouver, contre le débiteur, ce seul fait que la possession qu'il a du titre, n'est pas le résultat de la libre volonté du créancier (comp. Bourges, 12 avril 1826, Sirey, 1826, II, 303; Cass., 6 nov. 1827, Sirey, 1830, II, 215; Cass., 22 janv. 1828, D. 1828, I, 101; Colmar, 28 mai 1831, Dev., 1832, II, 404; Cass., 10 avril 1833, Dev., 1833, I, 383; Cass., 5 mai 1835, Dev., 1835, 805; Cass., 28 août 1844, Lhéritier, Dev., 1844, 1, 744; Cass., nov. 1844, Bondoumet, Dev. 1845, I, 40; Bigot-Préameneu, Pothier, Toullier, Zachariæ, Aubry et Rau, Colmet de Santerre, *loc. supra cit.*).

423. — Le créancier devrait donc être admis à cette preuve.

Mais une preuve, au contraire, à laquelle il ne devrait pas être admis, c'est celle, par laquelle il prétendrait établir, les conditions de l'article 1282 étant bien et dûment accomplies, qu'il n'a pas eu néanmoins, en rendant volontairement son titre au débiteur, l'intention de lui faire remise de la dette.

Il importe de bien mettre en relief cette différence.

Oui! toutes ces preuves sont admissibles afin d'établir que le débiteur ne se trouve pas dans les conditions requises par l'article 1282, pour que la possession du titre fasse preuve de sa libération;

Non! aucune preuve n'est admissible, lorsqu'il s'y trouve, afin d'établir que la possession du titre ne fait pas preuve de sa libération!

Le texte de l'article 1282, très-différent, sous ce rapport, du texte de l'article 1283, est, en effet, absolu!

Il dispose que la remise du titre original par le créancier au débiteur, *fait preuve de la libération ;* et il n'ajoute pas: *sans préjudice de la preuve contraire.* (Comp. art. 1352.)

Nous ne parlons d'ailleurs ici que du fait même de la libération.

Quant au caractère de cette libération, s'il faut y reconnaître la preuve soit d'un payement, soit d'une remise de la dette, nous allons bientôt y arriver (*infra* nos 431 et suiv.).

424. — Aucune preuve, disons-nous, n'est admissible;

En tant que le créancier prétendrait, en effet, prouver directement, que, malgré la restitution volontaire, qu'il a faite du titre au débiteur, il n'a pas eu l'intention de le libérer.

Mais pourrait-il du moins faire interroger le débiteur, pour obtenir son aveu, ou lui déférer le serment sur le point de savoir si la tradition du titre qu'il lui a faite, n'a pas eu lieu dans une autre intention que celle de le libérer, à titre de dépôt, par exemple, ou de mandat?

Nous le croyons ainsi, et que cette solution résulte de l'article 1352, dont voici les termes:

« Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaire.* »

Or, l'article 1282 nous paraît être une application de l'article 1352.

Comment, en effet, le débiteur pourrait-il se plaindre d'être lui-même constitué juge dans cette question toute d'intérêt privé, entre le créancier et lui ! (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV p. 209, et t. VI p. 382.)

425. — Il est d'ailleurs bien entendu aussi que le créancier pourrait être admis à prouver autrement que c'est par suite d'une convention de dépôt ou de mandat, qu'il a remis le titre au débiteur.

Mais ce qu'il faudrait alors prouver, d'abord et directement, ce serait la convention de dépôt ou de mandat.

Et cette preuve ne pourrait être faite que suivant le Droit commun, à l'aide des moyens autorisés par la loi

pour établir la preuve des conventions. (Art. 1341; comp. *Supra* n° 396; en ce qui concerne la remise entre commerçants, d'un titre commercial, Cass. 18 août 1852, Morel, Dev. 1853, I, 211.)

426. — B. La seconde présomption, que la loi décrète en cette matière, est écrite dans l'article 1283, en ces termes:

« La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement, sans préjudice de la preuve contraire. » (*Supra* n° 298.)

Le créancier était muni d'une *grosse*, c'est-à-dire d'une première expédition, revêtue de la formule exécutoire, qui l'autorisait à employer, *de plano*, les voies de contrainte.

En rendant volontairement cette grosse à son débiteur, il s'enlève donc le droit d'exercer une contrainte contre lui, et d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation.

C'est de ce fait connu, que le législateur induit le fait inconnu, qu'il s'agit de découvrir, à savoir: l'intention dans laquelle le créancier a rendu la grosse; et il l'interprète dans le sens d'une renonciation par lui à son droit.

Mais, en même temps, comme le créancier n'est pas dans ce cas, tout à fait désarmé, puisqu'il lui est possible de se procurer une seconde *grosse*, sur la minute, non quittancée, qui est chez l'officier public, (art. 844, Code de Procéd.), le législateur n'en déduit alors qu'une présomption *juris tantum*, susceptible d'être combattue par la preuve contraire.

427. — La généralité des termes de l'article 1283 ne nous paraît comporter aucune distinction entre la grosse d'un acte notarié et la grosse d'un jugement de condamnation.

« La remise volontaire *de la grosse du titre....* » dit la loi.

De sorte qu'il n'importe même pas que le jugement

ait été rendu en exécution d'un titre original notarié, ou d'un titre original sous signature privée.

On objecte que le créancier, qui remet à son débiteur la grosse du jugement, ne se désarme pas contre lui, puisqu'il reste en possession du titre original préexistant, en vertu duquel le jugement a été rendu. (Comp. Seligmann, *Revue pratique de droit français*, 1861, T. VI, p. 508.)

Il est vrai !

Mais ce titre préexistant se trouve désormais, non pas sans doute nové, mais du moins, pouvons-nous dire, représenté par le jugement, qui en déclare l'existence et en ordonne l'exécution.

Or, en cet état, quelle peut être l'intention du créancier, qui rend volontairement la grosse au débiteur, si ce n'est de renoncer au droit qu'il a de le poursuivre?

Que la présomption légale puisse être alors combattue plus facilement ; que l'on puisse soutenir, par exemple, avec plus ou moins de chance de succès, suivant les cas, qu'elle doit s'appliquer seulement aux frais de l'instance et aux dommages-intérêts, qui auraient été alloués au créancier, nous l'admettons.

Mais ce qui nous paraît aussi exact, c'est que la présomption légale existe, d'après l'article 1283. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 206 ; Larombière, t. III, art. 1283, n° 4.

428. — Le créancier a rendu volontairement au débiteur le titre original.

Mais il a gardé la grosse du jugement de condamnation.

Le débiteur peut-il invoquer une présomption légale de libération ?

Non pas!

Ni celle de l'article 1282, puisque, si le créancier a rendu le titre original, il a conservé la grosse, et qu'il n'est pas désarmé contre son débiteur ;

Ni celle de l'article 1283, puisque précisément, au lieu de rendre la grosse du titre, il l'a conservée!

On pourra bien trouver là sans doute une présomption de fait, que les magistrats auraient à apprécier, suivant les circonstances.

Mais voilà tout! (Comp., Larombière, t. III, art. 1282, n° 8.)

429. — Est-il besoin de dire que les quatre conditions, auxquelles nous avons vu que la présomption légale de l'article 1282 est subordonnée, s'appliquent également à la présomption légale de l'article 1283!

Il faut donc que la restitution ait été faite *par le créancier; — volontairement; — au débiteur; — de la grosse du titre.*

Les deux textes sont, en effet, sous ce rapport, les mêmes, ainsi que les motifs sur lesquels ils sont fondés (Comp., Cass., 28 avril 1844, Dev. 1844, I, 744.)

430. — Mais c'est seulement, disons-nous, sous ce rapport, que les deux présomptions sont semblables, c'est-à-dire en tant qu'il s'agit de prouver l'existence des conditions, sous lesquelles elles existent.

Très-différent est, au contraire, l'effet de l'une et de l'autre.

Dans le cas de l'article 1282, dès que le créancier ne conteste pas le caractère volontaire de la restitution du titre faite par lui au débiteur, il ne peut pas contester la preuve de libération, qui en résulte.

Tandis que, dans le cas de l'article 1283, le créancier peut, même en reconnaissant le caractère volontaire de la restitution de la grosse du titre faite par lui au débiteur, contester la présomption de libération, qui en résulte.

Oui, j'ai rendu volontairement à mon débiteur la grosse du titre; mais c'est sur sa demande, afin qu'il pût l'examiner, en étudier les clauses; — ou bien, il craignait d'être poursuivi par moi; et c'est pour le rassurer, que j'ai mis la grosse entre ses mains.

C'est-à-dire que le créancier peut s'attaquer directement à la présomption légale elle-même, pour détruire la force probante, que l'article 1283 y attache.

Pothier allait même plus loin; il pensait que la restitution de la grosse du titre ne formait point, par elle-même, une présomption suffisante du payement ou de la remise de la dette (n° 609).

Notre Code, avec plus de raison, suivant nous, a trouvé que la présomption était suffisante, dès que l'on réservait au créancier la preuve contraire. (Comp., l'*Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, n° 365; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 209; Colmet de Santerre, t. V, n° 222 *bis*, II; Larombière, t. III, art. 1283, n° 7.)

431. — Nous venons d'exposer la présomption légale de libération, que les articles 1282 et 1283 établissent au profit du débiteur.

Mais quel est le caractère de cette libération?

Est-ce le payement, c'est-à-dire la libération à titre onéreux, que la loi présume?

Est-ce, au contraire, la remise, c'est-à-dire la libération à titre gratuit, la donation?

Telle est la question, qui nous reste à résoudre.

432. — Cette question est importante, à un double point de vue:

Soit dans les rapports du créancier avec le débiteur;

Soit dans les rapports du débiteur avec les tiers, contre lesquels il pourrait avoir à exercer un recours.

Entre le créancier et le débiteur, si c'est le payement que la loi présume, il suffira que l'un ait été capable de payer, et l'autre capable de recevoir et de délivrer une quittance.

Tandis que, si la loi présume la remise, il faudra appliquer, au fond, toutes les règles qui gouvernent la donation, soit sur la capacité de disposer et de recevoir, soit sur la révocation, la réduction, ou le rapport.

Pareillement, entre le débiteur et les tiers, contre lesquels il pourrait avoir à exercer un recours, est-ce un payement, que la loi présume?

Le débiteur, ou plus généralement celui des obligés, auquel le créancier aura volontairement rendu le titre, n'aura pas à prouver qu'il a payé la dette, pour exercer son recours;

Tandis qu'il sera tenu de faire cette preuve, si c'est la remise que la loi présume.

Eh bien! donc, de quel côté est la présomption?

Afin de ne pas séparer les deux termes, qui constituent cette thèse, nous allons la traiter de suite sous le double aspect, qu'elle présente :

a. D'abord entre le créancier et le débiteur;

b. Ensuite, entre le débiteur et les tiers, contre lesquels il pourrait avoir un recours à exercer.

433 — *a.* Entre le créancier et le débiteur, il importe de distinguer l'hypothèse de l'article 1282 de l'hypothèse de l'article 1283.

Voyons d'abord la première.

L'article 1282 dispose que la remise volontaire du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur, fait preuve *de la libération.*

A quel titre?

Il ne le dit pas.

L'article 1283 paraîtrait, à première vue, s'expliquer mieux, en disposant que la remise volontaire de la grosse fait présumer *la remise de la dette ou le payement.*

Nous n'en sommes pas pourtant plus avancé!

Assurément, c'est l'un ou l'autre.

Mais lequel?

L'article 1283 ne nous l'apprend pas plus que l'article 1282.

Et, en définitive, ces deux rédactions sont également équivoques; car le mot : *libération,* dans l'article 1282,

signifie évidemment, comme dans l'article 1283, *la remise de la dette ou le payement.*

C'est ainsi du reste que s'était exprimé Pothier lui-même :

« .... Je pense, disait-il, que la possession du billet par le débiteur, doit faire présumer qu'il lui a été rendu par le créancier, *ou comme acquitté, ou comme remis....* » (N° 609).

Mais, encore une fois, lequel?

434. — Dans le cas de l'article 1282, nous croyons qu'il faut répondre que c'est à la volonté du débiteur, et qu'il peut, à son choix, suivant son intérêt, prétendre qu'il est libéré soit par une remise, soit par un payement.

Telle nous paraît être la conséquence de cette *libération*, que le texte lui accorde dans les termes les plus absolus et dans le sens le plus large.

C'est donc le débiteur, qui est alors le maître de la situation; d'où résulte pour lui, en effet, le droit de choisir le mode de libération qu'il prétend invoquer.

435. — Il est clair, du reste, que le débiteur invoquera le plus souvent, comme mode de libération, le payement.

En tous cas, il importe de déterminer, *a priori*, indépendamment de toute déclaration de la part du débiteur ou des tiers, qui auraient à se prévaloir de la libération, quel est le mode de libération qui doit être présumé.

Or, c'est en effet la présomption de payement, qui doit, suivant nous, prévaloir :

1° Parce que le payement est le mode naturel et ordinaire d'extinction des obligations, et qu'il forme la règle en cette matière;

Tandis qu'il en est autrement de la remise, qui n'est qu'un mode exceptionnel bien plus rare; la donation, en effet, ne se présume pas;

2° Parce que le doute, s'il y en avait, devrait être interprété en faveur du débiteur (Art. 1162) ;

3° Enfin, parce que la présomption de payement sera aussi, le plus souvent, dans la pratique, conforme à la réalité même du fait. Qui ne sait combien de fois il arrive que le créancier, recevant son payement du débiteur, se borne à lui rendre son titre! c'est plutôt fait! on n'est pas obligé de rédiger une quittance ! (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 208 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 231 *bis*, IV ; Larombière, t. III, art. 1282, n° 15).

436. — Mais le créancier devrait-il être admis à prouver, au contraire, que c'est par suite d'une remise, et non par suite d'un payement, que le débiteur est libéré ?

L'affirmative nous paraît évidente, dans le cas où la présomption de payement pourrait avoir pour résultat de masquer une fraude à la loi.

Voici le créancier, qui demande la révocation de cette remise pour cause de survenance d'enfant;

Ou c'est son héritier à réserve, qui intente, contre le débiteur, une demande en réduction;

Ou encore, les intéressés prétendent que le créancier n'était pas capable de donner ou que le débiteur n'était pas capable de recevoir (comp. *supra*, n° 432).

La fraude fait exception à toutes les règles; et les prohibitions que la loi a décretées, seraient vaines, s'il était permis de s'y soustraire par des moyens détournés et par des subterfuges (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. II, n° 62).

La preuve, dans ces différents cas, pourra donc être fournie soit par le créancier, soit par les autres parties intéressées.

Et elle pourra être fournie par tous les moyens, même par témoins et par présomption (art. 1348, 1353);

Et cela, bien entendu, lors même que le titre volontai-

rement rendu par le créancier au débiteur, porterait, en outre, une quittance pour acquit (comp. Cass., 12 juillet 1827, Hachin, D., 1827, I, 303).

437. — Quelques jurisconsultes vont même plus loin; ils décident que le créancier peut, indépendamment de toute allégation de fraude, prouver contre le débiteur, qui invoque la présomption de payement, que ce n'est, au contraire, que par suite d'une remise de la dette, qu'il lui a rendu son titre.

Voici, notamment, comment M. Larombière s'exprime :

« Que dit l'article 1282? qu'il y a preuve de libération du débiteur; mais il ne dit pas qu'il y a preuve de sa libération par voie de payement effectif, et non par simple remise. Comme mode ordinaire de libération, le payement sans doute se présume; mais ce n'est là qu'une présomption de fait, dont la valeur est subordonnée aux circonstances particulières. Or, quand le créancier offre de prouver qu'il y a eu remise et non payement, il ne conteste pas le fait duquel le débiteur induit sa libération; il l'accepte comme prouvé aux termes de la loi; il n'en conteste que le mode spécial; et à la présomption naturelle de payement, il prétend opposer des présomptions contraires.... » (t. III, art. 1282, n° 16; comp. Duranton, t. XII, n° 364; Marcadé, art. 1283, n° 4).

Mais, à notre avis, c'est aller trop loin :

1° Cette doctrine méconnaît, suivant nous, le texte même de l'article 1282.

Cet article, en effet, établit au profit du débiteur, une présomption légale de libération, qui, dans les cas auxquels elle s'applique, n'admet certainement pas la preuve contraire;

Or, à quels cas cette présomption légale s'applique-t-elle?

Nous venons de le remarquer, elle s'applique, d'une manière, pour ainsi dire, alternative, au choix du débi-

teur, à l'un ou à l'autre des deux modes de libération, soit au payement, soit à la remise (*supra*, n° 434);

Donc, quel que soit celui de ces deux modes de libération que le débiteur invoque, il est protégé par une présomption légale, exclusive de toute preuve contraire!

C'est la libération d'une manière absolue, dans le sens le plus large de ce mot, que l'article 1282 présume.

Et, par conséquent, le créancier n'est pas plus recevable à contester contre le débiteur le mode de libération qu'il invoque, que la libération elle-même.

2° Autrement, la preuve de libération que l'article 1282 a voulu assurer au débiteur, ne le protégerait plus efficacement; et il ne serait pas vrai de dire que la restitution du titre sous seing privé vaut quittance (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 209; Colmet de Santerre, t. V, n° 321 *bis*, IV).

438. — Nous n'appliquons d'ailleurs cette solution qu'à la présomption légale de l'article 1282, la seule dont nous venons de nous occuper (Comp. *supra*, n° 434).

Quant à la présomption légale de l'article 1283, notre avis est que la solution devrait être différente.

Le créancier, qui a rendu volontairement au débiteur la grosse de son titre, peut-il prouver contre ce débiteur, qui invoque la présomption de payement, que c'est, au contraire, par suite d'une remise qu'il la lui a rendue?

Nous répondons ici qu'il le peut, indépendamment même de toute allégation de fraude.

La raison en est simple.

Qui peut le plus peut le moins;

Or, le créancier pourrait prouver par tous les moyens, que la restitution qu'il a faite volontairement de la grosse du titre à son débiteur, n'a pas eu lieu dans l'intention de le libérer, et que, en conséquence, la présomption de libération que le débiteur invoque, ne le protége pas du tout (*supra*, n° 430);

Donc, *a fortiori*, peut-il prouver que la présomption légale que le débiteur invoque, ne le protége que relativement à un certain mode de libération, et qu'elle a eu lieu, non point par suite d'un payement, mais seulement par suite d'une remise, à titre gratuit, et non pas à titre onéreux (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau; Colmet de Santerre, Larombière, loc. *supra cit.*).

439. — *b.* Nous avons maintenant à examiner quelle est la présomption qui doit prévaloir entre le débiteur, à qui le créancier a rendu son titre, et les tiers, contre lesquels il pourrait avoir un recours à exercer (*supra*, n° 432).

Il semblerait, à première vue, logique de faire prévaloir, entre le débiteur et les tiers, la même présomption qui prévaut entre le débiteur et le créancier, c'est-à-dire la présomption de payement.

Car enfin, si, envers le créancier, le débiteur est présumé libéré par un payement, comment ne serait-il pas présumé libéré de la même manière à l'égard de ceux contre lesquels il peut avoir à exercer un recours?

Mais, dans la science du Droit, les vérités ne sont pas toujours absolues; elles sont, au contraire, souvent relatives; et c'est particulièrement en ce qui concerne les présomptions légales, que la justesse de cette observation est incontestable; l'autorité de la chose jugée en offre un frappant exemple (art. 1351).

Nous croyons, en effet, que la présomption de payement, qui existe entre le débiteur et le créancier, n'existe pas entre le débiteur et les tiers, et que, pour exercer un recours entre eux, il faut que le débiteur prouve qu'il a payé le créancier :

1° Aux termes de l'article 1350 :

« La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits. »

C'est-à-dire qu'elle est spéciale et ne peut pas être

étendue du cas ou du fait prévu par la loi à un autre cas ou à un autre fait.

Or, la présomption légale établie par les articles 1282 et 1283, n'est établie que dans les rapports du débiteur et du créancier.

Le débiteur et le créancier, telles sont les deux parties qu'elle met en scène.

Donc, on ne saurait appliquer cette présomption dans les rapports du débiteur avec les tiers, c'est-à-dire à un autre cas que celui que les articles 1282 et 1283 ont prévu.

2° C'est que, en effet, ce cas n'est plus le même, et que la situation est, au contraire, tout autre!

Envers le créancier, le débiteur joue le rôle de défendeur;

Tandis que c'est le rôle de demandeur qu'il joue envers les tiers, contre lesquels il forme une action en recours.

Cette action, il la fonde sur le payement qu'il affirme avoir fait en leur acquit.

Il est demandeur; il affirme;

Donc, c'est à lui de prouver (art. 1315).

3° Ajoutons que cette différence entre les deux cas est très-raisonnable.

Qu'un débiteur unique, à qui le créancier rend son titre, après avoir été payé, ne lui demande pas une preuve écrite du payement, on le comprend! tout est fini entre eux; et le créancier est désarmé.

Mais, à l'égard des tiers contre lesquels il peut avoir un recours à exercer, la prudence exige que le débiteur se procure une preuve écrite du payement, d'où résulte, à son profit, cette créance de recours contre des tiers.

S'il ne le fait pas, la présomption, entre lui et les tiers, serait donc plutôt, non pas qu'il a fait le payement, mais qu'il a reçu la remise de la dette.

Mais la vérité est qu'il n'y a, dans ce cas, aucune pré-

somption, et qu'il faut purement et simplement appliquer le droit commun, d'après lequel c'est au demandeur à prouver le fondement de son action. (Comp., Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 208-209; Colmet de Santerre, t. V, n° 233 *bis*, VI.)

440. — Telles sont les deux présomptions, que la loi a établies en cette matière.

Il n'y en a pas d'autre. (Comp., toutefois, art. 1211, 1908, et *infra*, n° 449.)

En dehors donc des articles 1282 et 1283, il ne serait pas possible d'admettre, au profit du débiteur, une présomption légale de libération.

Ce n'est pas à dire, bien entendu, que la libération du débiteur ne pourrait pas être prouvée par des présomptions!

Oui, certainement, elle pourrait être prouvée ainsi, mais seulement suivant le droit commun, non plus par des *présomptions établies par la loi*, mais par des présomptions de fait, dans les cas où la loi permet aux juges de les admettre, conformément à l'article 1353 :

« Les présomptions, qui ne sont point établies par la loi, sont adandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. »

Voilà notre moyen de solution pour toutes les questions, que cette matière de la libération tacite du débiteur a soulevées;

Questions de fait, une fois le point de droit bien posé, à savoir : que la preuve de cette libération ne peut être faite que suivant le droit commun des preuves. (Comp. *supra*, n° 397; Colmar, 22 mai 1812, Sirey, 1814, II, 82; Caen, 3 juill. 1826, Sirey, 1830, II, 214; Cass., 30 mars 1836, Tesseydre, Dev., 1836, I, 596;

Cass., 8 mars 1830, Ravinet, Dev., 1837, I, 914; Toullier, t. IV, nos 335 et suiv.; Duvergier *h. l.*, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 210; Larombière, t. III, art. 1282, n° 9.)

441. — L'article 1286 en fournit un premier exemple :

« La remise de la chose donnée en nantissement ne suffit pas pour faire présumer la remise de la dette. »

C'est là, en effet, seulement, de la part du créancier, un témoignage de confiance ou de bienveillance envers son débiteur; d'où l'on ne saurait induire sa renonciation à sa créance, s'il n'y en a pas d'ailleurs d'autre preuve...., *nisi specialiter contrarium actum esse probetur,* disait Modestinus (L. 3, ff., *de Pactis;* comp. Pothier, n° 610; Larombière, t. III, art. 128 *bis*).

442. — Il en serait évidemment ainsi de la renonciation, que ferait le créancier à une hypothèque, ou à toute autre sûreté accessoire de sa créance.

443. — Appliquons la même solution à la délivrance que le créancier ferait au débiteur d'une simple expédition de son titre, non revêtue de la formule exécutoire. (Art. 1283; comp., *supra*, n° 427; Duranton, t. XII, n° 366.)

444. — Un notaire a délivré, sans réserve de ses déboursés ni honoraires, la grosse ou le brevet d'un acte qu'il a reçu.

Doit-on présumer que ses déboursés et ses honoraires lui ont été payés ?

De présomption légale, nous n'en trouvons dans aucun texte.

L'expédition de l'acte ne constitue pas, en effet, pour le notaire, qui l'a reçu, le titre de sa créance; et par conséquent, ni l'article 1282, ni l'article 1283 ne sont alors applicables.

Aussi, les arrêts et les auteurs, qui ont admis, dans ce cas, une présomption de payement, l'ont-ils fondée sur

les circonstancs particulières du fait, qui concouraient à en fournir la preuve : le long silence, par exemple, du notaire, qui n'avait rien réclamé après cette délivrance, malgré son état de gêne; son décès, la réclamation n'étant formée qu'après lui, par ses héritiers.

C'est-à-dire que la question revient à savoir si, dans l'espèce qui se présente, l'article 1353 est ou n'est pas applicable. (Comp., *supra*, n° 441 ; Cass., 4 avril 1826, Sirey, 1826, I, 585; Douai, 13 févr. 1834, Deguen, Dev., 1836, II, 95; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 210; Larombière, t. III, art. 1283, n° 13.)

445. — La solution, qui précède, nous paraît également applicable :

Soit aux greffiers ou autres fonctionnaires, qui délivrent des expéditions des actes de l'autorité publique;

Soit aux avoués, lorsqu'ils font aux parties la délivrance des actes qui leur ont été confiés, ou même des actes, qu'ils ont faits personnellement pour elles;

Soit aux huissiers, lorsqu'ils font aux parties ou à leurs représentants, la délivrance des originaux de leurs actes; d'autant plus, qu'il est dans leurs usages de faire cette délivrance avant de recevoir ce qui leur est dû pour leurs déboursés et leurs salaires.

446. — Vous me deviez une somme de 10 000 francs, en vertu d'une cause quelconque, à la date de 1870.

En 1873, je vous prête une somme de 10 000 francs.

Et, dans l'acte de prêt, il n'est fait, par moi, aucune réserve, ni même aucune mention de ma créance de 1870.

Ce défaut de mention et de réserve doit-il en faire présumer le payement?

Non, sans doute!

Ce sont là deux créances distinctes; et je n'avais nul besoin, en acquérant la seconde, de réserver la première.

Une telle présomption n'aurait donc aucune base!

« *Nihil proponi*, disait Paul, *cur non sint integræ duæ petitiones.* » (L. 29, ff., *de Obligat. et act.*)

Il en serait ainsi, même dans le cas où, dans la quittance que je vous aurais donnée de ma seconde créance, échue peut-être d'abord, je n'aurais fait aucune réserve de la première. (Comp. Pothier, n° 613.)

447. — Bien plus encore!

Nous avons fait ensemble un compte, un règlement de plusieurs créances, que nos relations avaient créées.

Et, dans ce compte, il n'a été fait ni réserve ni mention d'une créance, dont j'ai le titre contre vous.

Cette omission fait-elle naître, à votre profit, une présomption de payement?

Pas davantage!

« On présumera, disait Pothier, que c'est une omission faite par oubli, qui n'empêchera pas le créancier d'exiger sa dette, nonobstant le compte dans lequel elle n'a pas été comprise » (n° 613).

448. — Nos anciens auteurs se sont beaucoup occupés d'une espèce à peu près semblable, mais avec des circonstances plus graves, qui est prévue *par la célèbre loi Procula*, comme Pothier l'appelle (26 ff. *De Probat.*).

Un frère était débiteur envers sa sœur d'un fidéicommis considérable.... *magnæ quantitatis;* la sœur n'en exigea point la restitution, tant qu'il vécut; et pourtant ils avaient fait ensemble plusieurs comptes dont ils avaient compensé de part et d'autre les résultats, sans qu'elle eût fait aucune réserve du fidéicommis.

Son frère mourut; et elle prétendit alors compenser ce qu'elle lui devait avec le fidéicommis, qui lui était dû.

Papinien répond que l'empereur Commode rejeta la compensation : « *Quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.* »

C'est de là que l'ancienne doctrine avait déduit cette présomption :

« *Ratio sanguinis, longi temporis diuturnitas, mutua rationum redditio ac computatio, tacite inducunt remissionem.* »

Mornac y ajoutait fort justement une quatrième condition, qu'il ne faut pas omettre :

« *Si videlicet is, cujus intererat petere, nihil tamen moverit, quamdiu vixit* » (comp. Cujas, sur la loi 26 précitée; Domat, *Lois civ.*, liv. III, titre VI, sect. IV, n° 11).

Devons-nous admettre encore aujourd'hui cette présomption de remise?

Non, comme présomption légale;

Oui, comme présomption de fait, que les juges pourront admettre, s'il existe un commencement de preuve par écrit ou des faits constants et avoués, qui puissent en tenir lieu.

Le commencement de preuve par écrit pourra souvent, en cas pareil, se trouver dans les divers comptes qui auront été arrêtés entre les parties.

Et certainement, alors, les liens de parenté; — le long temps écoulé sans réclamation; — les comptes respectivement rendus et soldés sans aucune réserve; — la mort de l'une des parties, de celle-là surtout à laquelle appartenait la créance (ce qui n'est pas d'ailleurs, comme Toullier semble le croire, le cas de la loi *Procula*); — toutes ces circonstances pourront paraître assez graves, précises et concordantes pour faire admettre la présomption de payement ou de remise (comp. Caen, 3 mai 1826, Cosnard, D., 1833, II, 132; Toullier, t. IV, n° 326; Duranton, t. XII, n° 370; Larombière, t. III, art. 1283, n° 10).

449. — Un créancier demande à son débiteur une année d'intérêts ou d'arrérages échus en 1869.

Le débiteur produit, contre lui, les quittances des intérêts ou des arrérages échus en 1870, 1871 et 1872.

Et, ne pouvant pas produire la quittance de ceux échus en 1869, il prétend induire des trois quittances

postérieures une présomption de payement ou de remise.

S'il s'agissait du capital, la disposition de l'article 1908 est expresse :

« La quittance du capital donnée sans réserve des in-
« térêts, en fait présumer le payement, et en opère la
« libération. »

Voilà, en effet, pour ce cas, une vraie présomption légale (sur laquelle nous reviendrons).

Mais une présomption légale pour le cas qui nous occupe, il n'en existe pas!

Il est clair, en effet, que l'on ne saurait invoquer, dans notre Droit, la loi romaine, d'après laquelle il suffisait de représenter les quittances des contributions publiques pour trois années consécutives, pour être présumé avoir payé les années précédentes (L. 3, Cod. de *Apochis publicis*).

Ce que l'on peut donc dire seulement, c'est que les présomptions et la preuve testimoniale seront admissibles aussi dans ce cas, conformément à l'article 1353.

Ajoutons, avec la Cour de Cassation, que :

« ..... Les quittances d'arrérages postérieurs, données sans réserve des arrérages antérieurs, sont des écrits émanés du créancier; — que, sans avoir une application directe et absolue aux années antérieures, elles ont pu être considérées, au moins, comme un commencement de preuve par écrit, et servir ainsi de base à l'admissibilité de présomptions graves, précises et concordantes » (8 mars 1857, Ravinet, Dev., 1857, I, 914; Toullier, t. IV, n° 339; Duranton, t. XIII, n° 433; Larombière, t. III, art. 1283, n° 11).

450. — Voici un titre de créance bâtonné, raturé;

Ou bien, il est coupé, déchiré en morceaux!

Et c'est ainsi qu'il est présenté au débiteur par le créancier ou par ses représentants.

Doit-on voir, dans cet état matériel du titre, une présomption de payement ou de remise?

Les jurisconsultes romains répondaient affirmativement, à moins que le créancier ne prouvât qu'il n'avait pas été payé (L. 24 ff., *De Probat.*).

Telle était aussi la solution de nos anciens jurisconsultes français; Denizart rapporte un arrêt du 6 août 1759, qui considéra comme acquitté un titre, qui avait été déchiré, et dont les morceaux avaient été recollés (v° *Payement*, n° 35; comp. Pothier, n° 813; Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. VI, sect. IV, n° 12).

La solution, qu'il faut admettre, sous le droit nouveau, n'offre pas, à notre avis, de difficulté, dans le cas, qui est précisément celui que nous supposons, où le prétendu titre est, en fait, dans un tel état, qu'il ne peut plus être considéré, en droit, comme formant une preuve littérale de la créance.

Aux termes de l'article 1315, celui, qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver;

Or, celui qui, dans cette hypothèse, réclame l'exécution de l'obligation, ne la prouve pas, puisque nous supposons que le prétendu titre, qu'il produit, n'a plus d'existence;

Donc, le débiteur est libéré; ou mieux encore, l'existence de la créance n'étant pas prouvée, on ne peut pas dire, en cet état, qu'il y ait un débiteur (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 200; Toullier, t. IV, n° 340; Duranton, t. XIII, n° 432; Larombière, t. III, art. 1283, n° 16).

451. — Ce qu'il faut ajouter, toutefois, c'est que le créancier pourrait être admis à prouver, par tous les moyens, que c'est par suite d'un fait illicite de violence, ou autre, ou par un cas de force majeure, que son titre a été mis dans cet état.

L'article 1348 lui serait, en effet, alors applicable.

452. — Mais si cet article ne lui était pas applicable, le créancier pourrait-il être admis aussi à la preuve par témoins ou par présomptions, en invoquant son titre,

dans l'état où il est, comme un commencement de preuve par écrit?

Si j'ai raturé ou déchiré le titre, dit-il, c'est que mon débiteur m'annonçait le payement qu'il se disposait à me faire; mais le payement annoncé et promis, n'a pas été fait!

Je demande donc à n'être pas victime de mon imprudente confiance, et à prouver par témoins ou par présomptions ce que j'avance; mon titre me servant, à cet effet, de commencement de preuve par écrit.

Le créancier doit y être admis, répond Toullier. (T. IV, n° 340.)

Mais il a été repris par son savant annotateur :

« De quoi s'agit-il en effet? dit M. Duvergier; de savoir si l'acte existe ou n'existe pas, s'il a été lacéré par le créancier, ou s'il n'a été mis en cet état que par quelque violence ou quelque cas fortuit. La solution de la question de payement ou de remise n'est que la conséquence de celle qui sera adoptée sur ce premier point. Si le créancier prouve par témoins (quel que soit le montant de l'obligation), que la lacération du titre est l'effet d'une violence, etc., alors ce titre forme non-seulement un commencement de preuve par écrit; mais il fait à lui seul la preuve complète de l'existence de l'obligation. Dans le cas contraire, non-seulement il ne forme pas, en faveur du créancier, un commencement de preuve par écrit; mais il élève contre lui une présomption de payement ou de remise. » (*h. l.* sur Toullier, *loc. supra cit.*, note *a.*)

Ce dilemme n'est-il pas un peu absolu?

Nous le croyons ainsi, et qu'il se pourrait que l'état matériel du titre fût tel que, sans apparaître comme une preuve complète, il élevât néanmoins des doutes dans l'esprit des magistrats, sur le point de savoir s'il est entièrement détruit.

Pourquoi, dans ce cas, ne l'admettrait-on pas comme

un commencement de preuve par écrit, s'il rendait, en effet, vraisemblable le fait allégué par le créancier? (art. 1347.)

III.

QUELS SONT LES EFFETS DE LA REMISE.

SOMMAIRE.

453. — La remise est un mode d'extinction de la dette, à l'instar du payement.
454. — Cet effet extinctif résulte de la remise tacite, aussi bien que de la remise expresse. — Observation, toutefois, sur le danger que peut offrir la remise tacite.
455. — L'extinction de la dette par la remise entraîne certainement l'extinction des garanties réelles, qui pouvaient y être attachées.
456. — Mais entraîne-t-elle aussi l'extinction des garanties personnelles? — Renvoi, en ce qui concerne la remise tacite.
457. — Explication, en ce qui concerne la remise expresse.
458. — La remise peut être *réelle* ou *personnelle*. — Explication. — Division.
459. — *a*. De l'effet de la remise, en ce qui concerne les codébiteurs solidaires. — Objection. — Renvoi.
460. — De l'effet de la remise, en ce qui concerne les codébiteurs d'une obligation indivisible.
461. — *b*. De l'effet de la remise, en ce qui concerne les cautions.
462. — Suite.
463. — Suite.
464. — Suite.
465. — Suite.
466. — Suite.
467. — Suite.
468. — Suite.
469. — Ce que le créancier a reçu d'une caution, pour la décharge de son cautionnement, doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions. — Exposition. — Critique. — Historique.
470. — Suite.
471. — Suite.
472. — Suite.
473. — Suite.
474. — Suite.
475. — Suite.

453. — « La remise, que le créancier fait de la dette, disait Pothier, est aussi une des manières dont s'étei-

gnent les obligations; car elle libère de plein droit. » (n° 606.)

Oui, sans doute, la remise libère le débiteur, à l'instar du payement;

Indépendamment de la distinction toute romaine entre *l'acceptilatio*, qui le libérait *ipso jure*, et le *pactum de non petendo*, qui ne le libérait qu'*exceptionis ope*. (Comp. le tome IV de ce Traité, n° 18.)

454. — Cet effet extinctif et libératoire dérive, bien entendu, de la remise tacite comme de la remise expresse.

C'est en ce sens que l'on dit que la restitution volontaire du titre par le créancier au débiteur vaut quittance!

Et cela, lors même que le billet ne porte, ainsi qu'il arrive le plus souvent, en cas pareil, ni l'acquit du créancier, ni sa signature.

Le créancier s'est désarmé; cela suffit!

Ce moyen de libération offre ce double avantage pratique : que d'une part, il s'opère instantanément, sans aucune formalité ni écritures; et que, d'autre part, il ne met pas le débiteur dans la nécessité de conserver une quittance pendant toute la durée du temps requis pour la prescription, afin de prouver sa libération, s'il était nécessaire de le faire.

Il est vrai!

Ajoutons pourtant qu'une quittance écrite, lorsqu'il y a eu, en effet, un payement, en est évidemment encore une preuve meilleure!

Outre que cette preuve peut être, ainsi que nous l'avons remarqué, nécessaire au débiteur, dans le cas où il a un recours à exercer contre des tiers;

Il faut bien reconnaître que la possession du titre ne lui offre pas une sécurité absolument parfaite! ne peut-on pas, en effet, toujours demander d'où lui vient cette possession, et de quelle manière le titre est arrivé entre ses mains? (*Supra*, n°s 408 et suiv.)

Aussi, trouvons-nous que la loi 14 au Code *De Solu-*

tionibus, renferme un sage conseil à l'adresse des débiteurs :

« *Pecuniæ solutæ professio collata instrumento majorem* « *rei gestæ probationem continet, quam si chirographum* « *acceptæ pecuniæ mutuæ fuisset redditum.* »

455. — L'extinction de la dette par la remise entraîne certainement l'extinction des garanties réelles, telles que les priviléges ou les hypothèques, qui pouvaient y être attachées. (Art. 1278.)

456. — Mais entraîne-t-elle également aussi l'extinction des garanties personnelles ?

En d'autres termes, quel est l'effet de la remise de la dette relativement aux codébiteurs de celui à qui elle a été faite, ou aux débiteurs accessoires, tels que les fidéjusseurs ou cofidéjusseurs ?

Nous avons déjà exposé cette thèse, en ce qui concerne la remise tacite. (*Supra*, n°s 412 et suiv.).

457. — Il nous reste à l'exposer, en ce qui concerne la remise expresse, que notre Code appelle plus spécialement la remise conventionnelle.

Cette remise étant une convention, il s'ensuit que c'est d'après la commune intention des parties que l'effet en doit être déterminé. (Arg. des art. 1134, 1135.)

Ajoutons, toutefois, cette double observation :

1° Que la remise constituant, de la part du créancier, la renonciation à son droit, ne doit pas être interprétée d'une manière extensive; pas plus qu'elle ne doit être facilement présumée : *nemo enim censetur jactare sua ;*

2° Que, en outre, relativement aux codébiteurs ou aux débiteurs accessoires, l'effet en est nécessairement subordonné à la nature juridique des rapports, qui existent soit entre les codébiteurs, soit entre le débiteur principal et les débiteurs accessoires ; rapports que le créancier ne peut pas, bien entendu, modifier à l'avantage des uns et au préjudice des autres! (Comp. *infra*, n° 462.)

458. — La remise peut être de deux sortes :

Soit absolue, *in rem*, disaient les Romains;

Soit relative, *in personam*. (L. I et suiv., ff. *de Pactis*.)

La première, *la remise réelle*, comme Pothier l'appelle, équivaut au payement et fait que la chose n'est plus due; par conséquent, elle libère tous ceux qui en étaient débiteurs.

La seconde, *la remise personnelle*, décharge simplement de son obligation la personne à qui le créancier l'accorde. Cette décharge, ajoute Pothier, *magis eximit personam ab obligatione, quam obligationem extinguit* (nos 616, 617). Par conséquent, elle laisse dans les liens de l'obligation les autres personnes, auxquelles elle ne s'adresse pas.

Dans quels cas la remise est-elle réelle?

Notre Code résout cette question :

a. Dans l'article 1285, en ce qui concerne les codébiteurs;

b. Et dans les articles 1287 et 1288, en ce qui concerne les cautions.

459. — *a*. L'article 1285 est ainsi conçu :

« La remise ou décharge conventionnelle au profit de « l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à « moins que le créancier n'ait expressément réservé ses « droits contre ces derniers.

« Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette « que déduction faite de la part de celui auquel il a fait « la remise. »

Il suffit ici de nous référer aux explications que nous avons déjà fournies de ce texte, en traitant des obligations solidaires. (Comp. le tome III de ce *Traité*, nos 394 et suiv.)

L'objection, qu'il soulève, nous paraît d'ailleurs toujours fondée.

En considérant comme absolue, *in rem*, la remise qui

est faite par le créancier à l'un des codébiteurs solidaires, le législateur du Code s'est écarté, suivant nous, sans motifs suffisants, de la règle qui ne permet pas que l'on présume facilement l'abandon d'un droit.

Nous persistons donc à penser que cette remise aurait dû être plutôt considérée comme relative, *in personam*.

460. — Faut-il appliquer l'article 1285 à la remise faite par le créancier à l'un des codébiteurs d'une obligation indivisible?

L'observation critique, que nous venons de présenter, fournit certainement tout d'abord un argument pour la négative.

Ajoutons que la relation juridique de mandat ou de société, par suite de laquelle les codébiteurs d'une obligation solidaire sont considérés comme les représentants les uns des autres, n'existe pas entre les codébiteurs d'une obligation indivisible.

Aussi, croyons-nous, en effet, que la remise conventionnelle, faite par le créancier à l'un des codébiteurs d'une obligation indivisible, devrait être, au contraire, considérée comme relative, et ne profiter qu'à ce débiteur; à moins qu'il ne résultât de l'acte et des circonstances du fait que le créancier a entendu faire une remise absolue au profit de tous les codébiteurs. (Comp. le t. III de ce *Traité*, n°s 618 et 625, et, *supra*, n° 412.)

Nous devons reconnaître toutefois qu'un savant auteur enseigne la doctrine contraire. (Comp. Larombière, t. III, art. 1285, n° 18.)

461. — *b*. Aux termes de l'article 1287 :

« La remise ou décharge conventionnelle accordée au « débiteur principal libère les cautions.

« Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur « principal.

« Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les « autres. »

Que la remise accordée au débiteur principal ait pour effet de libérer la caution, cela est d'évidence! (Article 2011.)

Il ne saurait y avoir d'accessoire sans principal.

462. — Aussi, cet effet est-il nécessaire!

Le créancier ne pourrait donc pas, en déchargeant le débiteur principal, se réserver son droit contre la caution.

Zachariæ enseigne, il est vrai, une doctrine contraire, en transportant du Droit romain dans notre Droit français, la loi 22 au Digeste, *de Pactis*, qui le décide, en effet, ainsi.

Mais il a été repris par MM. Aubry et Rau, qui remarquent, très-justement, que cette loi s'expliquait, en Droit romain, par le principe que le *pactum de non petendo* n'éteignait pas *ipso jure* les obligations civiles, et ne produisait, par cela même, que des effets purement relatifs, lorsqu'il était conçu *in personam;* tandis que, chez nous, la remise de la dette en entraîne l'extinction absolue. (T. IV, p. 205; comp. *supra*, n° 453.)

Il est vrai encore que la Cour d'Orléans a jugé que la remise de la dette faite au débiteur ne libère pas la caution, lorsque le créancier ne l'a consentie que sous la réserve de ses droits contre celle-ci.

Mais les motifs de l'arrêt témoignent qu'il a été rendu dans une espèce particulière, et qu'il n'en résulte aucun échec pour le principe, que nous posons :

« Attendu que de tout ce qui précède il résulte que les conventions verbales et stipulations intervenues (entre les parties), ne portent aucune atteinte aux droits des créanciers contre la caution, tout en respectant ceux de la caution contre les débiteurs originaires, sans aggravation ni atténuation de part et d'autre.... » (6 juin 1868, Avezon, Dev. 1869, II, 6; comp. aussi Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° Remise de dette, n° 81.)

Il le faut bien ainsi, en effet, pour que cette décision soit juridique !

Car le créancier ne peut évidemment pas aggraver la condition de la caution;

Or, la caution ne s'est obligée à payer le créancier qu'à défaut du débiteur principal et sauf son recours contre celui-ci (art. 2011, 2025);

Donc, le créancier ne peut pas la priver de ce recours, par une remise qui éteindrait la dette absolument ! (Arg. de l'art. 2037 ; comp. Troplong, *Du Cautionnement*, n° 505 ; Pont, *Des petits contrats*, t. II, n° 407 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 205 ; Larombière, t. III, art. 1287, n° 1.)

463. — Mais, bien entendu, il ne s'agit, dans l'article 1287, que de la remise faite au débiteur lui-même, que la caution a garanti.

Vous êtes la caution d'un débiteur, qui est tombé en faillite.

Le syndic, transigeant avec un débiteur de la faillite, lui fait une remise de sa dette.

Pouvez-vous prétendre que cette remise vous libère d'autant ?

Évidemment non !

Car ce n'est pas au débiteur principal, dont vous êtes la caution, que cette remise a été faite ;

C'est seulement au débiteur de ce débiteur ! (comp. Cass. 11, déc. 1867, Mosselman, Dev. 1868, I, 63.)

464. — Rappelons aussi, que la disposition de l'article 1287 est inapplicable à la remise résultant d'un concordat.

En effet, aux termes de l'article 445 du Code de commerce :

« Nonobstant le concordat, les créanciers conservent « leur action contre les coobligés du failli. »

C'est que cette remise n'est pas considérée comme volontaire;

Et cela, même de la part de ceux qui ont concouru au concordat et voté pour son admission.

C'est que, par suite aussi, les créanciers sont présumés avoir demandé, avec *leur obligé* principal, *des coobligés,* codébiteurs solidaires ou cautions, précisément en vue et comme garantie de la perte, qui pourrait résulter, pour eux, d'un concordat! (comp. Lyon, 14 juin 1826, Sirey, 1826, II, 283; Cass. 9 août 1842, Dev. 1842, I, 845; Paris, 16 avril 1864, Dev. 1864, II, 289; Troplong, *Du Cautionnement,* n° 504; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 206; Sebire et Carteret, *Encyclopédie du Droit, h. l.* n° 160.)

465. — Il faut ajouter, toutefois, que la solution précédente n'est applicable qu'à ceux des concordats, qui interviennent dans le cours d'une faillite déclarée.

Elle ne doit donc pas être étendue aux remises, que les créanciers d'un commerçant, en état de cessation de payements, mais non déclaré en faillite, peuvent lui accorder, en considération de l'abandon à l'amiable, qu'il leur fait de son actif.

C'est ce que la Cour de Cassation a décidé plusieurs fois, et notamment dans un arrêt du 12 novembre 1867, remarquablement motivé :

« Attendu que la loi du 17 juillet 1856, qui autorise les concordats par abandon d'actif, et leur attribue les mêmes effets qu'aux autres concordats, n'a trait qu'aux concordats qui interviennent au cours d'une faillite ;— Que c'est ce qui ressort des termes de cette loi, qui, devenue, sous le n° 541, l'un des articles du titre de la Faillite, du Code de commerce, soumet les concordats par abandon total ou partiel de l'actif du failli, aux règles tracées pour l'organisation des concordats en matière de faillite ; — Qu'on ne saurait donc étendre l'application de cette disposition au contrat d'atermoiement ou de remise totale de dettes contre abandon d'actif, consenti à un débiteur non failli, quelque qualification que lui donnent les intéres-

sés; — Qu'un traité de cette espèce, tout volontaire de la part de ceux qui y concourent, et formé en dehors des conditions et des garanties particulières au concordat, constitue la remise ou décharge conventionnelle énoncée aux articles 1285 et 1287 du Code Napoléon, et opère, lorsqu'elle est accordée à un débiteur principal ou à un codébiteur solidaire, la libération des cautions ou des autres codébiteurs solidaires, vis-à-vis de ceux des créanciers, qui n'ont pas expressément réservé leurs droits contre eux; — Attendu qu'il n'importe, au surplus, que ces cautions ou codébiteurs solidaires aient concouru à la convention, leur présence ne pouvant juridiquement équivaloir ni suppléer l'expression de la réserve formelle exigée par les articles précités, et qu'il n'a tenu qu'au créancier de faire consigner dans le concordat.... » (Bacqué, Dev. 1868, I, 61; comp. Cass. 17 juin 1867, Dev. 1867, I, 356; Pardessus, *Cours de Droit commerc.*, t. III, n° 1247; Alauzet, *Comm. du Code de commerce*, t. V, 1850; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 206.)

466. — Au contraire, la remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal.

Car si l'accessoire ne peut pas subsister sans le principal, le principal peut subsister sans l'accessoire.

Il s'agit, bien entendu, de la remise du cautionnement, *de la remise personnelle*, comme dit Pothier (n° 617), et non pas de la remise de la dette, *de la remise réelle!*

Celle-ci, en effet, libérerait aussi du même coup le débiteur principal et la caution.

Quand nous disons, avec l'article 1287, que la décharge conventionnelle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal, nous avons en vue seulement la décharge gratuite.

Quant à la décharge, que le créancier accorde à la caution, *aliquo dato*, moyennant un prix, c'est l'arti-

cle 1288, qui s'en occupe; et nous allons y arriver (*infra*, n° 469 et suiv.).

467. — Enfin, d'après le dernier alinéa de l'article 1287, la décharge accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres.

C'est que, en effet, rien ne s'oppose à ce que l'une des cautions soit libérée, sans que les autres le soient (l. 23, ff. *de Pactis*).

Il importe, toutefois, de remarquer que le créancier ne peut pas modifier les rapports réciproques des cautions les unes envers les autres; pas plus qu'il ne peut modifier les rapports réciproques soit des codébiteurs les uns envers les autres, soit du débiteur principal envers les cautions (comp. *supra*, n° 457).

D'où nous devons conclure que les cautions, non déchargées, ne peuvent être désormais poursuivies que sous la déduction de la part, pour laquelle elles auraient un recours à exercer contre les cautions déchargées.

De deux choses l'une, en effet :

Ou les cautions n'ont pas renoncé au bénéfice de division; et, dans ce cas, elles peuvent, en invoquant ce bénéfice, se soustraire à l'obligation de payer la part de la caution, que le créancier a déchargée;

Ou elles ont renoncé au bénéfice de division; et, dans ce cas, tenues qu'elles sont pour le tout, comme des codébiteurs solidaires, elles peuvent invoquer la disposition du second alinéa de l'article 1285 (arg. des art. 2021, 2033; comp. Delvincourt, t. II, p. 572; Toullier, t. IV, n° 331; Duranton, t. XII, n° 375; Marcadé, art. 1287, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 205 et 206; Colmet de Santerre, t. V, n° 237 *bis* V).

468. — La solution, qui précède, implique que les cautions, en s'obligeant envers le créancier, ont pu, en effet, compter les unes sur les autres, et que celle d'entre elles, qui payerait, aurait un recours à exercer contre ses cofidéjusseurs.

Elle ne serait donc pas applicable à une caution, qui se serait obligée séparément et la dernière, après toutes les autres.

Lorsque le créancier, en effet, décharge une telle caution, quel préjudice cause-t-il aux cautions, qui se sont obligées antérieurement?

Aucun!

Puisque leur condition est la même, après cette décharge de la caution postérieure, qu'elle était avant son engagement, sur lequel, bien entendu, elles n'ont pas pu compter, puisqu'il n'existait pas, lorsqu'elles se sont elles-mêmes engagées (comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 653; Pothier, n° 617; Troplong, *Du Cautionnement*, n° 426; Ponsot, n° 282; Larombière, t. III, art. 1287, n° 3).

469. — Il nous reste maintenant à exposer le cas que nous avons annoncé, où le créancier décharge la caution moyennant un prix (comp. *supra*, n° 466).

L'article 1288 est ainsi conçu :

« Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la « décharge de son cautionnement, doit être imputé sur la « dette et tourner à la décharge du débiteur principal et « des autres cautions. »

Cette disposition a été généralement critiquée (comp. Duranton, t. XII, n° 379; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 751; Colmet de Santerre, t. V, n° 288 *bis*; Larombière, t. III, art. 1288, n° 2).

Nous pensons, en effet, aussi qu'elle méconnaît la véritable intention des parties et le principe essentiel de la liberté des conventions.

Quel est le cas que la loi suppose?

Paul est votre débiteur d'une somme de 100 000 francs; et je suis sa caution.

Ce cautionnement m'inquiète; il me pèse! j'ai peut-être quelque raison de craindre l'insolvabilité de Paul; peut-être aussi je voudrais entreprendre une opération,

qui exige toute la liberté de mon crédit. Par un motif enfin ou par un autre, je vous fais cette proposition :

Voulez-vous me décharger de mon cautionnement et prendre sur vous le risque de l'insolvabilité de votre débiteur? si vous y consentez, je vous payerai 5000 fr.

Vous acceptez; en conséquence, vous déclarez me décharger de mon cautionnement; et je vous paye 5000 francs pour prix de ma décharge.

Voilà le fait, qui est prévu et régi par l'article 1288.

Notons-le bien !

Il ne s'agit pas d'un payement partiel de la dette, que la caution va faire au créancier à titre d'à-compte, pour sortir des liens de son cautionnement; cette convention serait possible aussi sans doute; et, en cas pareil, il faudrait même examiner avec soin le caractère de l'arrangement, qui a eu lieu entre la caution et le créancier : si c'est, en effet, un payement partiel, qu'elle a fait à titre d'à-compte, pour obtenir sa décharge; ou si, au contraire, elle a acheté sa décharge moyennant un prix, qui a pour cause unique cette décharge même, et qui ne doit pas, en conséquence, venir en déduction du montant de la dette principale.

Or, évidemment, c'est cette dernière espèce de convention, que l'article 1288 suppose intervenue entre la caution et le créancier.

« Ce que le créancier a reçu d'une caution POUR *la dé-* « *charge de son cautionnement....* »

Oui ! voilà bien la cause de ce que la caution a payé et de ce que le créancier a reçu.

C'est la décharge de son cautionnement !

Eh bien ! donc, dans une telle espèce, qu'est-ce que l'article 1288 dispose?

« Que cela *doit être imputé sur la dette et tourner à la* « *décharge du débiteur principal et des autres cautions.* »

Mais pourquoi donc?

Est-ce que la solution législative ne dénature pas tout

à fait le caractère de l'arrangement, tel que la loi elle-même le suppose intervenu entre la caution et le créancier!

Cet arrangement, c'est un contrat aléatoire (art. 1964).

De son côté, la caution, qui courait le risque de perdre 100 000 francs, si elle était obligée de les payer pour le débiteur devenu insolvable, se décharge de ce risque, moyennant un sacrifice de 5000 francs, qui ne donnera lieu, pour elle, à aucun recours contre le débiteur; elle perd 5000 francs; mais la voilà sûre désormais de n'en point perdre 100 000.

Et si le créancier, de son côté, reçoit actuellement 5000 francs, c'est lui qui court désormais le risque de l'insolvabilité de son débiteur; pour ces 5000 francs qu'il a reçus, le voilà exposé peut-être à perdre sa créance! — il pourra avoir finalement 105 000 francs! — oui! mais il pourra aussi finalement n'avoir que 5000 francs!

C'est là, disons-nous, une convention aléatoire, comme une autre.

Et nous n'apercevons pas pourquoi elle ne serait pas valable.

Eh bien! non, pourtant, elle n'est pas valable!

L'article 1288 déclare, au contraire, que ces 5000 francs, que le créancier a reçus de la caution pour la décharge de son cautionnement, doivent être imputés sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

C'est-à-dire que voilà le contrat dénaturé, et nous pouvons dire, mutilé, au grand préjudice du créancier!

La caution, elle! demeure déchargée de son cautionnement, pour les 5000 francs qu'elle a payés; et le contrat est déclaré valable, en ce qui la concerne.

Et, en ce qui concerne le créancier?

Le contrat est déclaré nul!

Évidemment! puisque ces 5000 francs, qui formaient, pour lui, la cause et le dédommagement de la perte de

son cautionnement, il est tenu de les imputer sur la dette!

Il perd sa garantie;

Le risque de l'insolvabilité du débiteur a passé de la tête de la caution, sur sa tête;

Et, en retour, qu'a-t-il gagné? qu'a-t-il obtenu?

Rien!

Aussi, nous paraît-il difficile de justifier, logiquement, cette solution de notre texte.

Tout autre était la solution de Pothier :

« Cette décision, disait-il, que la décharge accordée à une caution, ne libère ni le débiteur principal, ni les cofidéjusseurs, a lieu, quand même le créancier aurait reçu une somme d'argent de la caution pour la décharger de son cautionnement. Le débiteur principal ne sera, pour cela, déchargé de rien; car cette somme n'est pas donnée en payement et pour venir en déduction de la dette; mais elle est donnée pour le prix de la décharge du cautionnement. » (N° 617.)

Rien ne saurait être plus clair!

470. — Comment donc expliquer que les rédacteurs de notre Code, qui ont pris presque toujours Pothier pour guide, aient admis, sur ce point, une solution si contraire à la sienne?

La réponse serait peut-être que c'est Pothier lui-même, qui a pu les y induire.

Le grand jurisconsulte, en effet, après avoir posé très-nettement, comme nous venons de voir, sa doctrine, fut, en quelque sorte, comme Dumoulin, saisi d'un scrupule!

Le créancier peut-il licitement recevoir quelque chose d'une caution pour la décharger, sans l'imputer sur la dette?

Peut-il, lorsqu'il ne lui est dû que 100 000 francs, en recevoir finalement 105 000? n'est-ce pas autoriser l'usure, que de permettre une telle combinaison?

Telle est la *célèbre question*, comme Pothier l'appelle, qui préoccupa nos anciens.

Dumoulin la résolut par une distinction (*de Usuris*, Quæst. 34);

Que Pothier adopta (n° 618) :

Le créancier avait-il un juste sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur ?

Il a pu licitement recevoir une somme de la caution, pour prix de sa décharge.

N'avait-il, au contraire, aucun sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur ?

Il n'a pu licitement rien recevoir de la caution; car la cause de cette convention, entre la caution et le créancier, c'est le risque de l'insolvabilité du débiteur, qui forme l'*alea ;* or, le risque n'existant pas, le contrat *aléatoire* est sans cause.

Pothier, toutefois, semble admettre cette distinction plutôt au point de vue *du for de la conscience*, qu'au point de vue *du for extérieur*.

Du moins, déclare-t-il que :

« Lorsqu'une caution a donné quelque chose au créancier pour être déchargée de son cautionnement, on doit présumer, dans le for extérieur, qu'il y avait lieu de craindre l'insolvabilité du débiteur. »

Il ajoute que, lors même qu'il serait pleinement justifié qu'il n'y avait aucun sujet de craindre que le débiteur devînt insolvable, lorsque la caution a donné de l'argent pour être déchargée de son cautionnement, la caution, dans le cas où la dette ne serait pas encore acquittée, ne peut avoir la répétition de ce qu'elle a donné, qu'aux offres, qu'elle ferait, de demeurer obligée comme elle l'était avant la décharge qui lui a été donnée.

Et cette convention entre la caution et le créancier, était, à l'égard du débiteur principal, *res inter alios acta ;* le débiteur principal ne pouvait jamais répéter, contre le créancier, ce que celui-ci avait reçu pour décharger la

caution, *ni en rien retenir sur la somme, qu'il doit, lorsqu'il la payera.*

Voilà la théorie de Dumoulin et de Pothier.

Les rédacteurs de notre Code s'y sont eux-mêmes référés dans les travaux préparatoires (comp. Locré, *Législat. civ.*, t. VII, p. 383).

Mais s'en sont-ils bien exactement rendu compte?

Il nous paraît permis d'en douter.

Car la solution, qu'ils ont admise, n'est pas, suivant nous, plus exacte *historiquement*, qu'elle ne nous a paru l'être *scientifiquement* (*supra*, n° 469).

471. — Aussi, est-il arrivé que l'on a entrepris de s'y soustraire.

La question a été, en effet, soulevée de savoir si l'article 1288 ne renferme qu'une disposition interprétative de l'intention vraisemblable des parties, et s'il peut, en conséquence, admettre la preuve d'une intention contraire?

Voilà le créancier, qui demande à prouver, contre le débiteur principal et les autres cautions, qu'il a été bien entendu, entre la caution et lui, que la somme, qu'il recevait de celle-ci, était bien le prix de la décharge, qu'il lui accordait, et qu'elle ne devait pas être imputée sur la dette.

Supposons même que l'acte explique formellement ainsi le caractère de la convention.

Est-ce que l'article 1288 sera encore, dans ce cas, applicable?

La réponse négative serait certainement, suivant nous, la plus juridique et la meilleure! nous en avons déjà fourni les motifs (*supra*, n° 469). N'y aurait-il pas même quelque chose d'excessif dans une loi, qui briserait nécessairement une telle convention, lorsque la volonté des parties de la faire ainsi n'est pas douteuse!

Cette doctrine paraît être celle de Demante, dans son Programme :

« Lorsqu'une caution, dit-il, pour obtenir sa décharge personnelle, a donné quelque chose au créancier, on peut douter si cette prestation a eu lieu à compte de la dette principale, ou si elle est seulement le prix de la diminution de sûreté. La loi, toujours favorable à la libération, suppose que c'est un à-compte, qui tourne à la décharge de tous » (t. V, n° 238).

Nous ne pensons pas pourtant qu'il soit possible de l'admettre :

1° En effet, le texte de l'article 1288 est impératif : « Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement, *doit être imputé sur la dette....* »

2° Les motifs, qui ont déterminé le législateur à l'édicter, ne nous paraissent non plus permettre de l'entendre autrement.

Ce n'est pas certes que ces motifs soient satisfaisants.

On a craint l'usure!

Mais déjà, de son temps, Pothier répondait que cette convention est étrangère au débiteur, et qu'entre la caution et le créancier, les seuls qui y soient parties, elle a très-légitimement pour cause le risque de l'insolvabilité du débiteur, que le créancier prend à sa charge. Ajoutons que ce scrupule des rédacteurs de l'article 1288 paraît d'autant plus extrême, que le Code civil ne limitait pas le taux de l'intérêt conventionnel de l'argent ; de sorte que, même à considérer comme un intérêt le bénéfice que le créancier aurait retiré de sa convention avec la caution, cet intérêt, selon le Code civil, n'aurait pas pu être qualifié d'usure (art. 1907 ; comp. le t. I de ce *Traité*, n° 504).

On a craint que cette convention ne fût un moyen de fraude à l'égard des autres cautions, si le créancier et la caution s'entendaient pour que la somme payée ne fût pas imputée sur la dette! (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 383, et Fenet, t. XIII, p. 87-88.)

Mais, évidemment, une telle fraude est impossible, et ne saurait même se concevoir. Si, en effet, la caution n'impute pas sur la dette le prix de sa décharge, qu'en résulte-t-il ? il en résulte qu'elle en demeure seule chargée et qu'elle ne peut exercer aucun recours contre les autres cautions; de sorte qu'elle fera elle-même tous les frais de cette prétendue fraude!

Un motif plus sérieux, nous en convenons, a été aussi donné. Les anciens distinguaient entre le cas où l'insolvabilité du débiteur était à craindre et le cas conraire.

Mais, a dit M. Bigot-Préameneu, comment prouver qu'il y avait des risques d'insolvabilité!

Et alors, afin d'empêcher ces recherches toujours difficiles sur le bon ou le mauvais état des affaires du débiteur, au moment où la convention de décharge a eu lieu entre la caution et le créancier, on a déclaré cette convention impossible dans les termes où les parties ont voulu la faire.

Mais c'est là un procédé extrême, et qui viole le principe de la liberté des conventions.

Non ! ces motifs-là ne peuvent pas justifier l'article 1288.

Mais ils n'en ont pas moins été les motifs déterminants du législateur pour édicter la disposition absolue qu'il renferme, et à laquelle il a ainsi imprimé un caractère d'ordre public.

D'où il faut conclure que la caution et le créancier ne peuvent pas, en effet, convenir que ce qui est reçu par celui-ci pour la décharge du cautionnement, ne sera pas imputé sur la dette (comp. Marcadé, art. 1288; Colmet de Santerre, t. V, n° 238 *bis;* Larombière, t. III, art. 1288, n° 3).

472. — Supposons pourtant que le créancier a stipulé, pour ce cas, une condition résolutoire.

Il a été convenu que les 5000 francs, qu'il reçoit de

la caution pour la décharge de son cautionnement, ne seront pas imputés sur la dette.

Et l'acte porte expressément que la convention sera résolue, si cette imputation est demandée, et que, en conséquence, la caution devra être alors considérée comme n'ayant jamais été déchargée de son cautionnement.

Cette clause est-elle valable ?

Nous répondons affirmativement.

La convention a été faite comme cela, et pas autrement ; elle est donc indivisible dans toutes ses parties ; et si elle tombe, c'est tout entière qu'elle doit tomber ! (Comp. art. 1172.)

C'est bien assez que, dans le silence du contrat, lorsqu'il ne renferme pas une condition résolutoire, la caution se trouve déchargée de son cautionnement, sans qu'il lui en coûte rien (puisqu'elle a, contre le débiteur principal, un recours pour la somme, qu'elle a payée au créancier) !

C'est bien assez surtout que, dans ce cas, le créancier perde la garantie du cautionnement, sans recevoir l'équivalent, moyennant lequel seulement il avait consenti à y renoncer.

Du moins, ne faut-il pas étendre ces exorbitantes conséquences au cas où le créancier a pris le soin de stipuler la condition résolutoire, que nous supposons. (Comp. *supra*, n° 469 ; Larombière, t. III, art. 1288, n° 4.)

475. — Ce n'est même guère que dans ces termes-là, qu'il est raisonnablement possible, en présence de l'article 1288, de comprendre une convention de décharge entre le créancier et la caution ;

Une convention, disons-nous, à titre commutatif.

Le créancier sans doute peut, s'il le veut, faire remise, à titre gratuit, à la caution de son cautionnement.

Nous ne nous occupons ici, avec l'article 1288, que de la remise du cautionnement à titre onéreux.

Or, il est manifeste que le créancier doit être très-peu disposé à consentir la convention de décharge dans les termes de l'article 1288.

Cette convention est, en effet, par trop inégale.

Tout entière à l'avantage de la caution et au détriment du créancier! (*Supra*, n° 469.)

Ou bien il aura recours à une simulation, qui déguisera une décharge à titre onéreux sous l'apparence d'une décharge à titre gratuit.

Nouvelle conséquence encore de l'article 1288, qui témoigne de plus en plus contre lui, puisqu'il conduit les parties au déguisement et à la fraude!

474. — Si la dette consiste en une somme d'argent, et si c'est aussi une somme d'argent, que la caution a payée au créancier pour la décharge de son cautionnement, rien de plus simple que l'imputation, qui est à faire sur la dette, à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

Mais il peut arriver :

Soit que, la dette consistant en une somme d'argent, la caution ait payé au créancier une autre chose, un corps certain, par exemple;

Soit que, la dette consistant en un corps certain ou en tout autre prestation que celle d'une somme d'argent, la caution ait payé une somme d'argent au créancier.

Dans le premier cas, le débiteur principal et les autres cautions ont, à notre avis, le droit de demander que la chose ou la prestation quelconque, qui a été donnée en payement par la caution au créancier, soit estimée, pour que le montant de cette estimation soit imputé, à due concurrence, sur la dette.

Le créancier va donc recevoir son payement, pour partie en argent, et pour partie en cette autre prestation, que la caution lui a fournie!

Il est vrai; mais à qui la faute?

Le créancier ne saurait se plaindre de cette exécution divisée de l'obligation, puisque c'est lui-même qui, par son fait, par sa convention avec la caution, y a donné lieu.

Le débiteur principal et les autres cautions, en exigeant cette imputation, ne font qu'exercer le droit, que leur confère l'article 1288.

475. — Dans le second cas, nous pensons, au contraire, que le débiteur principal et les autres cautions sont fondés à payer au créancier le total de la prestation, qui forme l'objet de la dette;

Sans que le créancier puisse les contraindre à en déduire la somme ou la valeur de la prestation, qu'il a reçue de la caution.

Le créancier, en effet, n'a pas pu, par cet arrangement particulier avec l'une des cautions, changer la position ni modifier le droit du débiteur principal et des autres cautions;

Or, le droit du débiteur principal et des autres cautions, c'est de ne pouvoir pas être contraints de diviser l'exécution de l'obligation et de l'acquitter, en effet, tout entière, comme ils l'ont contractée.

Le créancier va donc recevoir plus qu'il ne lui est dû, puisque l'à-compte, qu'il a reçu de la caution, n'empêchera pas que le débiteur principal et les autres cautions le forcent de recevoir le total de la dette.

Il est vrai !

Mais, bien entendu, il devra restituer à la caution ce qu'il a reçu d'elle.

Et la caution, en effet, aura contre lui l'action en répétition de l'indû.

Contre lui, disons-nous, et non pas contre le débiteur principal ni contre les autres cautions, qu'elle n'a point libérés.

De sorte que non-seulement elle n'aura point de recours contre eux, mais que ce sont eux qui auront un recours contre elle !

Dernier résultat, et qui n'est pas le moins étrange, de la disposition de l'article 1288, telle que notre législateur l'a faite! (Comp. Larombière, t. III, art. 1288, n° 6.)

SECTION IV.

DE LA COMPENSATION.

SOMMAIRE.

476. — Exposition.
477. — Explication théorique.
478. — Suite.
479. — Explication historique.
480. — La compensation peut être de trois sortes : légale ; — facultative ; — reconventionnelle. — Exposition.
481. — Le législateur de notre Code ne s'est occupé que de la compensation légale. Observation.
482. — Division générale.

476. — Nous arrivons au quatrième mode d'extinction des obligations, que l'article 1234 énumère : la compensation.

L'article 1289 l'exprime ainsi :

« Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation, qui éteint les deux dettes de la manière et dans les cas ci-après exprimés. »

Primus doit 1000 francs à Secundus ;

Et Secundus doit 1000 francs à Primus.

Primus est donc tout à la fois créancier et débiteur de Secundus ;

Secundus est tout à la fois créancier et débiteur de Primus. «.... *Creditorem suum, eumdemque debitorem.* » (L. 2, ff. *de Compensat.*)

Et comme les deux dettes ont également pour objet une somme d'argent, il s'ensuit que Primus pourra payer sa dette à Secundus avec la même somme, qu'il recevrait de lui.

De même que Secundus pourra payer sa dette à Primus avec la même somme, que celui-ci lui payerait.

Mais à quoi bon ce double payement?

Est-il raisonnable que chacun d'eux ne recoive que pour rendre?

N'est-il pas plus simple que, de part et d'autre, ils se tiennent quittes et qu'ils s'épargnent réciproquement les frais et les lenteurs, qu'un double payement rendrait, en effet, doublement nécessaires?

Assurément oui!

Et voilà la compensation. «... *Debiti et crediti inter se contributio,* » suivant la définition de Modestinus. (L. I, ff. *de Compensat.*)

C'est une balance; et telle est bien littéralement son origine étymologique (*pensare.... cum*);

Une balance, disons-nous, dans laquelle on place les deux dettes.

Si elle se tient égale des deux côtés, l'extinction est totale;

Si elle penche d'un côté plus que de l'autre, l'extinction est partielle; et la dette, qui pèse le plus, n'est éteinte que jusqu'à concurrence de la dette, qui pèse le moins (art. 1290).

477. — La compensation est fondée sur l'interprétation certainement très-intelligente de la commune volonté des parties.

M. Desjardins, d'accord avec M. Frédéric Duranton, nie toutefois l'exactitude de cette base scientifique.

« La compensation *n'a pas,* dit-il, *pour cause l'intention présumée des parties.* »

Mais ce dissentiment des savants auteurs est peut-être plus apparent que réel; car ils ajoutent que : *la compensation a pour cause un ordre du législateur, fondé sur l'équité, sur l'intérêt des deux parties, conforme à la convention, qui devrait, en général, être faite entre celles-ci.* (*De la Compensation,* Introduct., p. 18.)

C'est précisément aussi ce que nous disons, à savoir : que le législateur, lorsqu'il voit en présence deux parties réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre,

présume que leur commune intention est de se libérer par compensation.

Les parties, en effet, doivent être présumées vouloir ce que leur propre intérêt leur conseille ; il n'y a pas, en général, de meilleures prémisses !

Or, il est de l'intérêt des parties, de leur égal et réciproque intérêt, de compenser plutôt que de payer.

Que l'une paye l'autre, elle a cessé d'être débitrice ; mais elle est restée créancière ; il lui faudra donc ensuite demander à l'autre son payement, et recourir peut-être à des poursuites, dont le résultat sera nul, si le débiteur a dissipé ce qu'il a reçu et s'il est insolvable ! de sorte que, précisément, pour avoir payé la première, cette partie sera victime de son exactitude !

Mieux aurait donc valu, pour elle, payer son créancier fictivement avec la somme, dont celui-ci était lui-même débiteur envers elle.

C'est ce qu'explique très-bien Pomponius.

«.... *Quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere....* » (L. III, ff. *de Compensat.*)

Mieux vaut tenir que courir ! dit-on familièrement.

Ou, plus élégamment, avec le poëte :

« *Un tiens vaut, ce dit-on, mieux que deux tu l'auras ;*
L'un est sûr, l'autre ne l'est pas. »

Guy-Coquille ajoutait que la compensation est aussi « fondée sur une raison politique, propre à conserver la société et amitié entre les hommes, et pour éviter les animosités, frais et longueurs, qui peuvent intervenir, quand chacun créancier poursuit le payement de sa dette ; et le dernier exécuté veut rendre la pareille à son créancier. » (*Quest. et Rép. sur les articles des Cout.*, CCCVI.)

478. — La compensation est donc finalement la fiction d'un payement réciproque de deux dettes, qui, dans leur rencontre, s'entre-détruisent et s'annihilent.

Qui compense, paye !

C'est une des clefs de cette matière.

479. — Cette première notion de la compensation paraît si simple, qu'on serait d'abord tenté de croire qu'elle remonte aux plus anciens temps du droit privé, et qu'elle a toujours figuré parmi les modes d'extinction des obligations.

Il n'en est pas ainsi pourtant.

Et, tout au contraire, il n'y a peut-être pas d'institution, dont l'avénement et les progrès aient, à toutes les époques, rencontré plus d'obstacles.

L'explication de ce phénomène juridique est sans doute dans la manière, dont la compensation s'est nécessairement présentée dès son début, et dont elle se présente encore même dans un grand nombre de cas aujourd'hui.

Paul forme contre Pierre une demande en payement d'une somme de 1000 francs.

Mais Pierre réplique que, s'il est débiteur envers Paul de 1000 francs, Paul est, de son côté, débiteur envers lui d'une autre somme.

C'est-à-dire que Pierre répond à une demande par une autre demande, et qu'il introduit un second procès dans le premier. Voilà donc deux *mutuæ petitiones!*

Or, cette manière, dont la théorie de la compensation se présente, devait, en effet, lui susciter des résistances et des entraves :

Soit dans les divers systèmes de procédure judiciaire, qui ont été en vigueur aux différentes époques ;

Soit dans les exigences de la fiscalité, qui pouvait craindre que la simplification des procédures, en amenant la diminution des procès, n'amenât la diminution des droits de justice ;

Soit dans un motif meilleur et plus élevé, à savoir : dans la crainte, que le législateur pouvait éprouver, que la demande très-légitime d'un créancier ne fût tenue en échec par une autre demande très-illégitime peut-être du débiteur, qui ne la formerait que pour gagner du temps et retarder sa condamnation !

Tels sont, en effet, les trois obstacles, qu'a rencontrés la théorie de la compensation.

C'est ainsi que, en droit romain, la compensation proprement dite, telle que nous la connaissons aujourd'hui, n'était pas considérée comme un mode d'extinction des obligations. Deux personnes se trouvaient-elles respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre? les deux dettes co-existaient! et quand l'un de ces créanciers, qui était en même temps débiteur, poursuivait l'autre, c'était seulement au moyen d'une exception de dol, que le défendeur pouvait obtenir du juge qu'il déduisît de la condamnation à prononcer, la somme dont le demandeur était, de son côté, débiteur envers lui; au moyen d'une exception, disons-nous, écrite ou sous-entendue dans la formule, suivant qu'il s'agissait d'une action *stricti juris* ou d'une action *bonæ fidei*. Aussi, la compensation romaine s'opérait-elle, non point par l'effet immédiat de la loi, mais *officio judicis;* c'est-à-dire qu'elle était judiciaire et non pas légale; et il en fut ainsi, non pas seulement sous le régime de la procédure formulaire, et jusques à la Constitution de Marc-Aurèle, mais même aussi depuis la Constitution de Justinien; car, en disposant que désormais la compensation aurait lieu *ipso jure,* l'Empereur n'avait pas, comme nos anciens l'ont pensé bien à tort! établi la compensation légale; il n'avait fait que supprimer la différence entre les deux classes d'actions; de sorte que le juge, en effet, avait, dans toutes les actions, le pouvoir de déduire de la condamnation à prononcer contre le défendeur, la somme dont le demandeur était débiteur envers lui; mais c'était toujours par l'office du juge que cette déduction, que cette compensation s'opérait. (Comp. Inst., *de Actionibus*, § 30; L. III, Cod., *de Compensationibus*.)

Ce régime devint, en France, celui des anciennes provinces de Droit écrit.

Mais, au contraire, dans les provinces coutumières,

la compensation fut tout à fait repoussée pendant plusieurs siècles, même après la découverte des Pandectes de Justinien; et on s'en tenait à la maxime, que Loysel a formulée en ces termes :

« *Une dette n'empêche point l'autre.* »

« C'est-à-dire, ajoute Eusèbe de Laurière, que celui qui doit une somme, est obligé de la payer à son créancier, qui le poursuit, quoique son créancier lui doive une autre semblable somme. » (Loysel, *Inst. cout.*, liv. V, tit. IV, règle III.)

Le formalisme sévère, auquel la procédure était soumise, et aussi l'intérêt fiscal des Seigneurs justiciers, telles furent principalement les deux causes, qui s'opposèrent à l'introduction de la compensation dans les pays de coutume.

Mais l'équité et la raison devaient finir par l'emporter!

Et même il arriva que nos anciens coutumiers, qui n'avaient pas admis la compensation judiciaire des Romains, allèrent ensuite plus loin qu'eux, en croyant pourtant les suivre; et ils en vinrent à la compensation légale, qui, dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence, formait le droit commun de la France. (Comp. Guy-Coquille, *loc. supra cit.;* Loysel, *loc. supra cit.*, règle IV; Miller, *Encyclopédie du Droit*, t. V, v° *Compensation;* Desjardins, *de la Compensation*, Introduction.)

480. — La compensation peut être de trois sortes :

a. — Légale;

b. — Facultative;

c. — Reconventionnelle.

La première est celle qui s'opère, de plein droit, par la seule force de la loi, lorsque les deux dettes réunissent les conditions nécessaires à cet effet.

La seconde est celle qu'il est facultatif à l'une des parties d'opposer ou de ne pas opposer, précisément parce que les conditions de la compensation légale ne se

trouvant pas réunies, la loi ne l'admet pas dans l'intérêt de cette partie.

Enfin, on appelle compensation reconventionnelle ou judiciaire celle qui peut s'opérer avec le concours de la justice, par le résultat d'une demande, que forme la partie, dont la créance ne réunit pas non plus les conditions requises pour la compensation légale.

481. — Le législateur de notre Code ne s'est occupé que de la compensation légale.

Il n'est pas inutile de faire, dès à présent, cette remarque, qui a son importance.

Nous en traiterons donc aussi d'abord exclusivement dans un premier paragraphe.

482. — Toutefois, comme la compensation facultative et la compensation reconventionnelle peuvent devenir aussi des modes d'extinction des obligations, nous exposerons ensuite successivement, dans deux autres paragraphes, les règles, qui les gouvernent.

§ I.

DE LA COMPENSATION LÉGALE.

SOMMAIRE.

483. — Division.

483. — Deux points principaux doivent être ici l'objet de notre étude; à savoir :

A. Quelles sont les conditions requises pour que la compensation légale s'opère;

B. De quelle manière elle s'opère; — et quels en sont les effets.

A.

QUELLES SONT LES CONDITIONS REQUISES POUR QUE LA COMPENSATION LÉGALE S'OPÈRE.

SOMMAIRE.

484. — Exposition. — Division.

484. — Cinq conditions sont nécessaires pour que la compensation légale puisse s'opérer.

Il faut :

I. Que les deux dettes aient pour objet des choses fongibles entre elles ;

II. Qu'elles soient liquides ;

III. Qu'elles soient exigibles ;

IV. Que les deux parties soient personnellement et principalement créancières et débitrices l'une de l'autre ;

V. Que les deux dettes ou l'une d'elles ne soient pas du nombre de celles que la loi a exceptées de la règle de la compensation.

Ajoutons : VI. Que la compensation ne peut pas s'opérer au préjudice des droits acquis à des tiers.

I.

IL FAUT, POUR QUE LA COMPENSATION LÉGALE S'OPÈRE, QUE LES DEUX DETTES AIENT POUR OBJET DES CHOSES FONGIBLES ENTRE ELLES.

SOMMAIRE.

485. — Il faut que les deux dettes aient également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce. — Explication.
486. — Suite.
487. — Suite.
488. — Il faut que les choses, qui font l'objet des deux dettes, soient fongibles entre elles. — Explication.
489. — La compensation ne peut pas avoir lieu, quand l'une des dettes est alternative.
490. — Faut-il décider de même dans le cas de l'obligation, que l'on appelle facultative ?
491. — Ou dans le cas de l'obligation, qui a été contractée sous une clause pénale ?
492. — Les obligations de faire sont-elles susceptibles de venir en compensation l'une de l'autre, lorsqu'elles ont pour objet un travail, une œuvre, ou plus généralement une prestation de même espèce ?
493. — Par exception à la règle, qui vient d'être expliquée, la disposition finale de l'article 1291 dispose que les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles. — Exposition.
494. — Observation critique.
495. — Historique.
496. — Suite.
497. — Il faut que l'autre dette, qui se trouve en présence d'une dette

d'argent, ait pour objet *des grains ou des denrées.* — Explication de ces mots.
498. — Il faut que le prix des denrées, qui font l'objet de l'une des dettes, soit constaté par les mercuriales.
499. — Il faut que les prestations en grains ou denrées soient non contestées.
500. — Suite.
501. — La disposition finale de l'article 1291 s'applique-t-elle seulement à des redevances périodiques de grains ou de denrées? — Ou doit-elle être étendue à toute dette quelconque de grains ou de denrées, lors même que cette dette consisterait en une livraison principale et unique?
502. — Suite.
503. — Suite.
504. — Suite.
505. — Suite.
506. — La disposition finale de l'article 1291 serait inapplicable, dans le cas où la dette d'argent et la dette de grains ou de denrées auraient la même cause et dériveraient corrélativement d'un contrat synallagmatique.
507. — Cette disposition serait-elle applicable au cas où les deux dettes auraient pour objet des grains ou denrées, mais d'espèce ou de qualité différente?
508. — Suite.
509. — La compensation, dont il s'agit dans le second alinéa de l'article 1291, est légale; et elle s'accomplit de plein droit. — Explication.

485. — L'article 1291 est ainsi conçu :

« La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes, qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, et qui sont également liquides et exigibles.

« Les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles. »

La première condition donc, que cet article exige, c'est que les deux dettes aient également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce;

C'est-à-dire que les deux dettes soient identiques dans leur objet.

Cette condition est, en effet, la première et la plus né-

cessaire conséquence du principe fondamental de notre matière !

La compensation est un mode de payement, à l'instar de l'imputation, avec laquelle elle offre beaucoup d'affinité; et ce qui est vrai du payement, l'est également de la compensation.

Or, aux termes de l'article 1243 : « Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due. »

Donc, il ne peut pas non plus être contraint de conserver en payement de la chose qui lui est due, une autre chose qui est due par lui, et que son débiteur ne pourrait pas, en effet, lui rendre, s'il la lui avait payée :

« .... *Quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.* » (L. 2, § 1er, ff. *de Rebus creditis.*)

En dehors de cette condition, il n'y aurait pas de payement; l'opération prendrait toujours un autre caractère; et l'on aurait tantôt une vente, tantôt un échange ou tout autre contrat !

Vous me devez 20 000 fr.; et je vous dois un corps certain, qui vaut, à peu près, cette somme.

Nous voilà quittes, dites-vous.

S'il en était ainsi, c'est une vente que vous feriez, entre nous, à vous seul !

La chose et le prix seraient bien là sans doute.

Mais il y manquerait la condition la plus essentielle à la validité des conventions : le consentement mutuel des parties !

486. — Cette identité d'objet dans les deux dettes est indispensable pour atteindre le but, que le législateur s'est proposé, en admettant la compensation.

Quel est ce but ?

C'est que les parties se trouvent, après la compensation opérée, dans la même situation où elles se trouveraient, si elles avaient, l'une et l'autre, exécuté effectivement leur obligation.

D'où il suit que la compensation ne peut avoir lieu qu'autant que l'objet de l'une des dettes peut servir au payement de l'autre, et réciproquement; ou, en d'autres termes, qu'autant que chacune des parties serait en droit de rendre à l'autre en payement la même chose, qu'elle a reçue d'elle.

487. — Voilà comment l'article 1291 exige, pour que la compensation s'opère, que les deux dettes aient pour objet *des choses fongibles*.

C'est que, en effet, le caractère de ces choses consiste précisément en ceci : qu'elles peuvent être, exactement et identiquement, remplacées les unes par les autres. « .... *Quarum una alterius vice fungitur.* »

Tandis que, au contraire, les choses non fongibles, considérées qu'elles sont *in ipso individuo*, ont, en quelque sorte, un caractère personnel, qui ne permet pas que l'une puisse être substituée à l'autre, sans le consentement des parties intéressées.

Ce qui explique, comme nous l'avons déjà remarqué, en exposant les caractères de cette distinction, pourquoi les premières sont seules susceptibles de compensation, et point les autres. (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. Ier, n° 43; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 226; Desjardins, n° 112; Colmet de Santerre, t. V, n° 242 *bis*, II; Larombière, t. III, art. 1291, n° 10.)

488. — Ce qu'il importe de remarquer, d'ailleurs, c'est qu'il ne suffit pas, pour que la compensation s'opère, que les deux dettes aient pour objet des choses qui, en soi, d'une manière absolue, pourraient être considérées comme fongibles.

Il faut qu'elles soient fongibles *entre elles*, les unes relativement aux autres.

Telle est l'idée, que l'article 1291 exprime, lorsqu'il exige que les deux dettes aient pour objet des choses fongibles *de la même espèce*.

Notre texte cite d'abord les dettes, qui ont également pour objet une somme d'argent, parce que, en effet, ces dettes sont, entre toutes, celles qui offrent, au plus haut degré, ce caractère de fongibilité relative, que la loi exige; aussi, est-ce le plus souvent entre dettes pécuniaires, que la compensation a lieu.

Mais elle peut aussi, bien entendu, avoir lieu entre deux dettes qui ont pour objet d'autres choses, dès que ces choses sont fongibles entre elles.

Je vous dois une pièce de vin de Bordeaux; et vous me devez une pièce de vin de Bourgogne.

La compensation aura-t-elle lieu?

Évidemment non!

On a dit que la *fongibilité absolue* ne suffisait pas, en matière de compensation, et qu'il y fallait la *fongibilité relative*.

Cette terminologie n'est peut-être pas d'une exactitude rigoureuse.

Y a-t-il deux sortes de *fongibilité?*

On pourrait le nier.

Car cette distinction des choses fongibles et non fongibles ne résulte pas nécessairement de leurs propriétés naturelles et constitutives; elle dérive, avant tout, de l'intention des parties, du rapport, sous lequel les choses ont été considérées par elles, et du but qu'elles se sont proposé; de sorte qu'elle n'a rien de nécessaire ni d'absolu, mais qu'elle est, au contraire, tout accidentelle et relative.

Pour savoir donc, en matière de compensation, si les deux dettes ont pour objet des choses fongibles, il faut examiner le fait, déterminer le rapport, sous lequel les parties ont, de part et d'autre, considéré les choses; et si, dans leur commune intention, l'une de ces choses, en effet, peut être identiquement remplacée par l'autre. (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. I, n° 47.)

489. — Paul doit à Pierre 1000 fr.

Pierre doit à Paul 1000 fr. ou un cheval.

La compensation a-t-elle lieu?

Non ! sans doute, quel que soit celui des deux, du débiteur ou du créancier, auquel appartienne le choix de l'une ou de l'autre des choses comprises dans l'obligation alternative.

Cette solution est la conséquence du principe essentiel de notre matière.

Ces deux dettes, en effet, n'ont pas *également* pour objet les mêmes choses :

L'une, qui est pure et simple, n'a pour objet qu'une somme d'argent;

L'autre, qui est alternative, a pour objet une somme d'argent ou un cheval.

Et il est clair que la dette alternative ne peut pas être dénaturée ni devenir pure et simple, parce qu'elle se trouve en présence d'une autre dette; ce serait là une violation du contrat.

Or, précisément, qu'arriverait-il, si la compensation avait lieu?

C'est que la dette alternative serait traitée comme une dette pure et simple, et que celle des parties, à laquelle le choix appartient entre la somme d'argent ou le cheval, serait privée du droit de choisir.

Le payement forcé de la somme d'argent ne serait certainement pas possible, malgré la résistance de la partie à laquelle le choix appartient, et qui voudrait, au contraire, payer le cheval.

Or, si le payement n'est pas possible, la compensation ne peut pas l'être! (Comp. Marcadé, art. 1291, n° 1.)

« *Compensation n'a lieu en dettes alternativement dues,* » disait Buridan (sur la Cout. de Reims, art. 397, n° 12).

Il peut bien y avoir là un cas de compensation facultative; mais non pas un cas de compensation légale.

490. — Faut-il décider de même, dans le cas de l'obligation, que l'on appelle *facultative?*

Paul doit à Pierre 1000 fr.

Et Pierre doit à Paul 1000 fr., avec la faculté de se libérer de cette dette, en lui payant un cheval.

La compensation a-t-elle lieu?

Le doute pourrait venir de ce que la dette facultative, à la différence de la dette alternative, n'a pour objet qu'une seule chose, à savoir : dans cet exemple, la somme de 1000 fr., et qu'il semble que les deux dettes, ayant alors également pour objet des sommes d'argent, sont, par cela même, compensables.

Nous répondons pourtant que la dette *facultative* ne peut pas, plus que la dette *alternative*, être dénaturée par ce fait accidentel, qu'elle est en présence d'une autre dette, dont le débiteur de la dette facultative se trouve tenu envers son créancier.

Le débiteur de la dette facultative ne saurait donc, par ce fait, perdre le droit, qui lui appartient, de payer le cheval, au lieu de payer la somme d'argent.

Ce n'est pas purement et simplement que sa dette a pour objet une somme d'argent; c'est sous une certaine modalité, qui constitue, pour lui, le droit précisément de n'être pas forcé de payer cette somme.

Or, s'il ne peut pas être forcé de payer cette somme, il ne doit pas pouvoir être forcé de la compenser.

Il n'y aurait donc lieu à compensation que dans le cas où le débiteur aurait renoncé au droit de payer le cheval, au lieu et place de la somme d'argent.

Cette renonciation résulterait-elle de la seule échéance du terme?

Marcadé le pense ainsi, et qu'il y aura compensation, *si le débiteur de l'obligation facultative laisse passer l'échéance de la dette, sans rien dire. (Loc. supra cit.)*

Mais, à notre avis, cette solution est extrême; et nous ne croyons pas que le seul fait de l'échéance de la dette

suffise pour la dénaturer et pour enlever au débiteur le droit, auquel précisément cette échéance même donne ouverture, de payer le cheval au lieu de la somme d'argent.

491. — Quant à la dette, qui aurait été contractée sous une clause pénale, elle demeure sous l'empire de la règle générale, en matière de compensation.

La dette, contractée sous une clause pénale, diffère, en effet, entièrement de la dette alternative, comme aussi de la dette facultative.

La clause pénale n'est que le règlement arrêté d'avance, entre les parties, des dommages-intérêts qui devront être payés par le débiteur, s'il n'exécute pas son obligation.

Elle ne saurait donc faire obstacle aux différents modes d'extinction, par lesquels l'obligation se trouve exécutée.

492. — Les obligations de faire sont-elles susceptibles de venir en compensation l'une de l'autre, lorsqu'elles ont pour objet un travail, une œuvre, et plus généralement une prestation de même espèce?

La négative résulte d'abord du texte même de l'article 1291, d'après lequel la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes, qui ont également pour objet *une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce;*

Toutes expressions, qui paraissent bien, en effet, s'appliquer à l'obligation *de donner*, à l'exclusion de l'obligation *de faire*.

Cette solution serait incontestable, dans le cas de l'article 1237, d'après lequel :

« L'obligation de faire ne peut être acquittée par un « tiers, contre le gré du créancier, lorsque ce dernier « a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-« même. »

Tout au plus, pourrait-elle être contestée, dans le cas où il s'agirait d'un simple travail manuel, dont il serait in-

différent qu'il fût fait par l'un ou par l'autre. (Comp. Duranton, t. XII, n° 396 ; Desjardins, n° 65.)

Et encore, faut-il reconnaître, même pour ce cas, que le législateur, en établissant la compensation légale, n'a pas eu en vue les obligations de faire. (Comp. Larombière, t. III, art. 1291, n° 11.)

493. — Nous venons d'exposer la première règle de la compensation, celle qui exige que les deux dettes aient pour objet des choses fongibles de la même espèce.

A cette règle, la disposition finale de l'article 1291 apporte une exception notable, en ces termes :

« Les prestations en grains ou denrées, non contes-
« tées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peu-
« vent se compenser avec des sommes liquides et exigi-
« bles. »

Pierre doit à Paul dix hectolitres de blé, en vertu d'une cause quelconque, d'une redevance, par exemple, dont il est tenu envers lui; et il résulte des mercuriales que, au dernier marché, le blé s'est vendu 20 fr. l'hectolitre ; de sorte que le prix de ces dix hectolitres est de 200 fr.

De son côté, Paul doit à Pierre 200 fr., en vertu d'une cause quelconque, d'un emprunt, par exemple, qu'il lui a fait.

Eh bien! c'est dans une telle situation que la loi leur dit :

Vos deux dettes sont éteintes; et vous voilà quittes!

494. — Cette exception est, en effet, notable.

Elle soulève deux objections, dont on ne saurait méconnaître la gravité :

1° La compensation, avons-nous dit, repose sur la fiction d'un double payement ; et, par conséquent, elle n'est logiquement admissible qu'autant que ce double payement pourrait, en réalité, avoir lieu ;

Or, tout au contraire ! voici une compensation, qui s'opère dans un cas où ni l'un ni l'autre des payements

ne serait possible, tel que cette compensation va les faire!

Si Pierre, débiteur de dix hectolitres de blé envers Paul, n'était pas son créancier de 200 fr., est-ce qu'il pourrait, pour se libérer de sa dette de blé, payer de l'argent à Paul, malgré lui?

Évidemment non!

Et de même, si Paul, débiteur de 200 fr. envers Pierre, n'était pas son créancier de dix hectolitres de blé, est-ce qu'il pourrait, pour se libérer de sa dette d'argent, payer du blé à Paul, malgré lui?

Non encore, évidemment!

Voilà pourtant, de part et d'autre, ce qui arrive.

C'est que Paul se trouve contraint de recevoir en payement de l'argent, au lieu de blé;

Et que Pierre se trouve contraint de recevoir du blé, au lieu de l'argent.

Ce qui constitue une double violation de l'article 1243.

2° Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement la logique scientifique du Droit, qui paraît ici méconnue.

C'est l'intérêt commun des parties, et, par suite, leur intention commune, cette double base de la théorie de la compensation.

Il peut certes n'être pas indifférent, pour chacune des parties, de recevoir identiquement la chose même, qui lui est due, et non pas une autre!

Ce blé, qui lui est dû par Pierre, Paul comptait l'employer à des semailles peut-être, ou aux besoins de sa famille; et c'est son argent qu'on le contraint de retenir en payement! mais l'argent ne remplit pas, pour lui, le même but que ce blé, qui lui était dû!

Et de même, réciproquement, cet argent, qui lui est dû par Paul, Pierre comptait l'employer au payement de certaines dettes, pour lesquelles il est pressé, menacé même peut-être par son créancier; son blé, qu'il est con-

traint de retenir en payement, ne remplit pas, non plus, pour lui le même but!

C'est-à-dire finalement que ces deux dettes n'ont pas également pour objet des choses fongibles entre elles;

Et que, d'après la règle fondamentale de notre matière, elles ne devraient pas être compensables.

Elles sont compensables pourtant.

Et telle est, en effet, l'exception, que nous étudions.

495. — Cette exception est-elle de Droit nouveau?

M. Mouricault l'affirmait, dans son Rapport au Tribunat. (Fenet, t. XIII, p. 436.)

Et cette affirmation a été avancée aussi par quelques jurisconsultes. (Comp. Dalloz, *Répert.*, v° *Obligations*, n° 624.)

Il faut reconnaître pourtant que l'idée s'en était déjà produite, dans notre ancien Droit.

C'est ainsi que, en 1653, le Parlement de Grenoble permettait au débiteur d'une somme liquide « de compenser une quantité de grains, qui lui étaient dus par le créancier, suivant l'évaluation des gros fruits de la Chambre des Comptes. » (Brillon, t. II, p. 281; Desjardins, p. 300.)

Nous la trouvons aussi chez certains auteurs. (Comp. Chorier sur Guy-Pape, sect. VII, art. 15.)

Ce qui est vrai, c'est qu'elle ne paraît pas y avoir été généralement admise, ainsi que l'atteste l'un de ses plus autorisés interprètes :

« Je ne puis, disait Pothier, opposer en compensation d'une somme d'argent, que je vous dois, la dette d'une certaine quantité de blé, que vous me devez » (n° 626).

496. — Comment donc expliquer que les rédacteurs de notre Code se soient écartés de la tradition ancienne?

M. Jaubert, dans un passage de son Rapport au Tribunat, s'exprimait ainsi :

« Il faut qu'il s'agisse de dettes de la même espèce;

des denrées ne se compenseraient pas avec de l'argent; du vin ne se compenserait pas avec du blé.

« Le projet n'admet qu'une exception : les prestations en grains ou denrées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec de l'argent. Par exemple, un fermier, qui est chargé d'acquitter le prix de son bail en prestations en nature, dont le prix toutefois est réglé par les mercuriales, peut compenser avec une somme, que son propriétaire lui doit. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 484.)

Le législateur nouveau a considéré, sans doute, que, dans le cas où il s'agit de denrées, dont le prix est constaté par les mercuriales, il est facile à chacune des parties de convertir, soit les denrées en argent, soit l'argent en denrées, afin de se procurer, si elle le veut, la chose même qui fait l'objet de sa créance.

Et, comme la libération est favorable, il en est venu à cette espèce d'assimilation, que l'article 1291 décrète, des denrées avec l'argent !

Assimilation certainement exceptionnelle, qu'il ne faut pas étendre en dehors des conditions, auxquelles cet article même la subordonne.

497. — La première de ces conditions est que l'autre dette, qui se trouve en présence d'une dette d'argent, ait pour objet des *grains ou des denrées.*

Or, ce mot *denrées,* dans le sens spécial, où il est ici employé, signifie évidemment :

« *Toute production de la terre destinée à la vente et employée pour la nourriture.* » (Littré, *Dictionn.*, v° *Denrées.*)

Ajoutons : *pour la nourriture des hommes ou des animaux.*

Telle était bien l'idée de Ferrières, lorsqu'il écrivait que l'exception s'applique aux grains ou *autres espèces.* (Sur la Cout. de Paris, art. 856, n° 3.)

Et c'est ainsi qu'Auroux des Pommiers citait le *vin*

comme exemple de ces autres espèces. (Sur la Cout. de Bourbonnais, art. 37, n° 4.)

498. — C'est, en effet, à ces denrées alimentaires que s'applique spécialement la seconde condition, que l'article 1291 exige, à savoir : que le prix en soit réglé ou plutôt constaté par les mercuriales.

Les mercuriales sont des registres, où les maires des communes, dans lesquelles les marchés se tiennent, constatent officiellement le cours, c'est-à-dire le prix moyen, auquel les denrées y sont vendues.

Le motif, qui a porté le législateur à exiger cette condition, est facile à reconnaître.

Le législateur a bien compris que la compensation d'une dette de denrées avec une dette d'argent deviendrait tout à fait inadmissible, s'il fallait procéder, entre les parties, à une évaluation spéciale des denrées, qui seraient dues par l'une d'elles à l'autre!

Et c'est précisément parce que les mercuriales les dispensent de cette évaluation, et qu'elles suppriment toute difficulté d'exécution, en présentant immédiatement une évaluation toute faite, que le législateur a pensé qu'aucun obstacle, dans ce cas, ne s'opposait à la compensation.

499. — Il faut, en troisième lieu, que les prestations en grains ou denrées soient non contestées.

Mais cette condition ne se rapporte plus au premier caractère, que la loi exige dans les choses, qui sont l'objet des dettes, pour qu'elles soient susceptibles de compensation, et que nous étudions en ce moment, à savoir : qu'elles soient fongibles entre elles.

Non contestées, cela signifie : *liquides* et *exigibles*; c'est-à-dire qu'il s'agit là des deux autres conditions, qui sont requises pour la compensation, et auxquelles nous ne sommes pas encore arrivé.

Ce que le législateur exprime par ces mots, c'est que l'exception, renfermée dans la disposition finale de

l'article 1291, porte seulement sur la règle de la *fongibilité,* et non point sur les deux règles de la *liquidité* et de l'*exigibilité;*

C'est-à-dire qu'il est nécessaire qu'il ne s'élève de difficulté ni sur l'existence de la dette ni sur la quantité de grains ou de denrées, qui sont actuellement dues.

Ces mots : *non contestées,* qui se trouvent au commencement du second paragraphe de cet article, sont donc synonymes de ces mots : *liquides* et *exigibles,* qui se trouvent à la fin de ce même paragraphe.

Mais alors pourquoi cette différence de formule pour exprimer une seule et même condition ?

Le législateur, sans doute, aurait pu dire aussi :

« Les prestations en grains ou denrées liquides et exigibles.... »

Mais il est permis de croire qu'il a voulu éviter l'espèce de jeu de mots et l'amphibologie, qui allaient résulter du rapprochement de ces deux mots : *denrées liquides.*

Et voilà comment il les a remplacés par les mots : *non contestées.*

500. — Ces mots eux-mêmes, d'ailleurs, ne sont pas d'une exactitude parfaite.

Ce n'est pas : *non contestées,* qu'il fallait dire ;

C'est *non contestables !*

Il est certain, en effet, qu'il ne suffirait pas que l'adversaire contestât la dette, si cette contestation n'était évidemment pas sérieuse.

« .... Si le juge, disait M. Jaubert, voyait clairement que la dette fût certaine, il ne pourrait s'empêcher de déclarer la compensation. » (Locré, *Législat. civ.,* t. XII, p. 484.

501. — Faut-il voir, dans le mot : *prestations,* que la disposition finale de l'article 1291 emploie, une quatrième condition, qui serait aussi nécessaire pour que cette disposition fût applicable?

En d'autres termes, cette disposition s'applique-t-elle seulement à des redevances périodiques de grains ou de denrées?

Ou, au contraire, doit-elle être étendue à toute dette de grains ou de denrées, lors même que cette dette consisterait en une livraison principale et unique?

Des auteurs considérables enseignent la première solution et que l'exception, faite par l'article 1291, n'est applicable qu'aux échéances périodiques de fruits :

1° Telle est, disent-ils, l'explication, qui a été donnée de ce texte dans les travaux préparatoires.

Le tribun Jaubert citait l'exemple d'un fermier, qui est tenu, envers son propriétaire, de payer le prix de son bail en prestations en nature. (Comp. *supra*, n° 496.)

2° Le mot : *prestations*, ainsi employé au pluriel, exprime bien, en effet, cette idée de redevances annuelles et périodiques.

3° Enfin, le texte de l'article, ainsi entendu, renferme une disposition raisonnable, qui, loin de mériter les reproches, dont il a été l'objet, doit être, au contraire, approuvé, comme conforme à l'intention vraisemblable des parties.

Quelle est communément l'intention du propriétaire, qui stipule, dans le bail, que ses fermages lui seront payés en nature?

Est-ce de recevoir, effectivement, en nature, du blé ou de l'avoine?

Non pas!

C'est de s'assurer un revenu en argent, dont le montant périodique correspondra au prix de ce blé ou de cette avoine, et en suivra la progression, d'après le cours des mercuriales.

On ne s'écarte donc pas alors de l'intention des parties, en décidant que le fermier, s'il est lui-même créancier d'une somme d'argent de son propriétaire, pourra lui opposer ses fermages en compensation.

Mais tout autre est le cas où les denrées sont dues en principal !

Et si on prétend étendre à une telle dette la disposition exceptionnelle du second alinéa de l'article 1291, il faut, en effet, reconnaître que cette disposition devient injustifiable. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 226; Larombière, t. III, art. 1291, n° 16.)

502. — Si sérieux que ces arguments puissent paraître, nous ne croyons pas devoir en admettre la conclusion; et notre avis est, au contraire, que la disposition finale de l'article 1291 est applicable à toute dette de grains ou de denrées :

1° Historiquement, d'abord, la conclusion, qui précède, n'est pas conforme aux traditions anciennes.

C'est, en effet, d'une manière générale, *à la dette en grains ou autres espèces*, que cette exception était autrefois appliquée. (Ferrières, *loc. supra cit.*, n° 495.)

Or, il est permis de penser, malgré l'affirmation individuelle de M. Jaubert, en sens contraire, que les rédacteurs du Code, qui consacraient la même exception, se sont référés à l'ancienne doctrine.

2° La généralité du texte, par laquelle ils l'ont consacrée, en témoigne; le mot : *prestations,* qu'ils emploient, comprend, en effet, toute dette quelconque; et ce n'est qu'arbitrairement qu'on pourrait le restreindre à des redevances périodiques.

3° On le peut d'autant moins, que le motif essentiel, sur lequel est fondée la disposition finale de l'article 1291, s'oppose à cette restriction.

Quel est ce motif?

C'est que le législateur a considéré que celui, qui est créancier de grains ou de denrées, et débiteur d'une somme d'argent, pouvant facilement se procurer ces grains ou ces denrées, dont le cours est réglé par les mercuriales, les deux dettes deviennent ainsi fongibles entre elles.

Or, ce motif est applicable à toute dette de grains ou de denrées, soit qu'elle consiste en des prestations périodiques ou non périodiques, soit qu'elle consiste en une prestation principale et unique. (Comp. Duranton, t. XII, n° 390; Marcadé, art. 1291 et 1292, n° 2; Desjardins, n° 113.)

503. — Nous disons d'abord que la disposition finale de l'article 1291 est applicable aux prestations, même non périodiques, de grains ou de denrées.

Et, en conséquence, nous l'appliquons à une dette de restitution de fruits.

Un cohéritier, donataire d'un immeuble soumis au rapport, doit à ses cohéritiers les fruits, qu'il a perçus depuis le jour de l'ouverture de la succession.

Ces fruits se compenseront, année par année, avec les sommes, qui lui sont dues par ses cohéritiers pour ses impenses.

Le vendeur d'un immeuble a fait prononcer, contre l'acheteur, la résolution de la vente pour défaut de payement intégral du prix.

Les fruits, perçus par l'acheteur, durant sa possession, se compenseront, année par année, avec les sommes, qu'il a payées au vendeur, à-compte sur son prix.

C'est ce qu'on appelle, en doctrine et en pratique, *l'imputation par échelette.*

Ce mode de règlement des comptes réciproques, que nous croyons tout à fait conforme aux principes, est, en effet, admis aussi par la jurisprudence. (Comp. Liége, 8 déc. 1871; Douai, 10 avril 1840; Cass., 24 fév. 1852; Cass., 8 mai 1855; Dalloz, *Répert.*, v° *Obligations*, n°s 2627 et suiv.; Dev., 1853, I, 159.)

504. — Nous n'exceptons pas de la solution, qui précède, la dette des fruits, même pour la dernière année, dans le cas d'une condamnation à une restitution des fruits.

La doctrine contraire a toutefois été proposée par

plusieurs jurisconsultes, qui la fondent sur l'article 129 du Code de Procédure.

Cet article est ainsi conçu :

« Les jugements, qui condamneront à une restitution « de fruits, ordonneront qu'elle sera faite en nature « pour la dernière année; et, pour les années précéden- « tes, suivant les mercuriales du marché le plus voisin, « eu égard aux saisons et aux prix communs de l'année; « sinon, à dire d'experts, à défaut de mercuriales. Si la « restitution en nature pour la dernière année est im- « possible, elle se fera comme pour les années précé- « dentes.... »

D'où l'on conclut que l'article 129 du Code de Procédure déroge à l'article 1291 du Code Napoléon.

Tel est notamment l'avis de M. Larombière :

« Comme il ne faut point confondre, dit-il, avec une prestation en grains ou en denrées une condamnation à une restitution de fruits, il n'y a point lieu, dans l'hypothèse de l'article 129 du Code de Procédure, à compensation légale ni avec les fruits de la dernière année, ni même avec ceux des années précédentes. » (T. III, art. 1291, n° 12 ; comp. Toullier, t. IV, n° 367 ; Duranton, t. XII, n° 370.)

Mais cette solution nous paraît doublement inadmissible.

D'abord, en ce qui concerne les fruits *des années précédentes*, on ne saurait la fonder sur l'article 129 du Code de Procédure, qui, tout au contraire, dispose que la restitution sera faite en argent ; aussi, la doctrine de M. Larombière, sur ce premier point, ne peut-elle être justifiée qu'en admettant cette autre doctrine du savant auteur, que la disposition finale de l'article 1291 n'est applicable qu'aux prestations périodiques ; doctrine que nous n'avons pas cru devoir admettre. (Comp. *supra*, n° 502-503.)

Et, en ce qui concerne les fruits de la dernière année,

la solution de Toullier, de Duranton et de M. Larombière ne nous paraît pas mieux fondée.

L'article 129 du Code de Procédure est, en effet, suivant nous, étranger à l'article 1291 du Code Napoléon; et il n'a trait à la compensation, en aucune manière.

Que fait seulement cet article?

Placé en présence d'un possesseur condamné à une restitution de fruits, il décide, d'une part, que les fruits des années précédentes seront restitués en argent, parce que la présomption est qu'ils sont consommés, et, d'autre part, que les fruits de la dernière année seront restitués en nature, parce que la présomption est qu'ils existent encore.

Voilà tout.

Mais, après cela, de quelle manière cette dette d'argent, dans le premier cas, et cette dette de fruits, dans le second cas, pourra-t-elle s'éteindre?

L'article 129 ne le dit pas; et il n'avait pas à le dire!

Car c'est là, pour le second cas ainsi que pour le premier, une dette ordinaire, qui pourra dès lors s'éteindre par tous les modes ordinaires d'extinction des obligations.

S'éteindrait-elle par la remise ou par la confusion?

Assurément, oui!

Pourquoi donc pas aussi par la compensation?

Il n'y en aurait pas de motif! (Comp. Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.*, note *a;* Marcadé, art. 1291, n° 11; Desjardins, n° 104.)

505. — Nous avons ajouté que la disposition finale de l'article 1291 est applicable même à la prestation principale et unique d'une quantité de grains ou de denrées.

Et notre preuve est, croyons-nous, déjà faite. (*Supra*, n° 502.)

Les jurisconsultes dissidents, en admettant hypothétiquement notre doctrine, proposent toutefois d'y introduire un amendement, que nous sommes aussi porté à admettre.

« Il semble cependant, disent M. Aubry et Rau, que cette extension devrait être écartée, si le créancier des denrées avait un intérêt légitime à repousser la compensation, en offrant le payement immédiat de sa dette en argent, et spécialement au cas où il s'agirait d'un achat de denrées conclu entre commerçants dans un but de spéculation commerciale. » (Sur Zachariæ, t. IV, p. 226-227; Larombière, t. III, art. 1291, n° 11.)

Les parties pourraient, en effet, par une clause expresse, exclure cette espèce de compensation comme tout autre.

Or, rien ne nous paraît s'opposer à ce que les juges reconnaissent, d'après la nature de la convention et les circonstances du fait, qu'il a été dans leur intention commune d'admettre tacitement cette clause; comme, par exemple, si l'achat des grains ou des denrées avait été fait par l'une d'elles dans le but déclaré de l'ensemencement de ses terres ou de l'alimentation de sa famille.

506. — Ce qui est évident, d'ailleurs, c'est que la disposition finale de l'article 1291 serait inapplicable, dans le cas où la dette d'argent et la dette de grains ou denrées auraient une même cause et dériveraient corrélativement d'un contrat synallagmatique.

Paul vend à Pierre dix hectolitres de blé, au prix de 20 fr. l'hectolitre.

Et ensuite, l'un des deux dit à l'autre :

Nous sommes quittes! la dette de grains est compensée avec la dette d'argent.

Est-il besoin, après avoir énoncé une telle prétention, de la réfuter?

Non! certes, vous n'êtes pas quittes :

1° Parce que cette prétention constituerait la violation formelle de l'article 1134, qui porte que les conventions légalement formées ne peuvent être révoquées que *du consentement mutuel des parties*, ou pour les causes que la

loi autorise, et que la convention pourrait être, au contraire, révoquée par la seule volonté de l'une d'elles ;

2° Parce que, s'il en était ainsi, les contrats, qui auraient pour objet des grains ou des denrées, deviendraient impossibles, puisque les dettes, qui en résultent, ne prendraient naissance que pour être éteintes à l'instant même !

3° Enfin, parce que la compensation, fondée sur l'intérêt des parties et sur leur intention commune, ne saurait être admise dans les cas où elle violerait manifestement leur intérêt et leur intention ! (Comp. Duranton, t. XII, n° 391; Marcadé, art. 1291, n° 2; Colmet de Santerre, t. V, n° 262 *bis*, XIV; Desjardins, n° 113.)

507. — Une question plus sérieuse nous reste à résoudre sur cette disposition finale de l'article 1291.

La loi y met, comme nous l'avons vu, en présence une dette d'argent d'une part, et, d'autre part, une dette de grains ou de denrées.

Serait-elle aussi applicable au cas où les deux dettes auraient pour objet des grains ou des denrées, mais d'espèce ou de qualité différente ?

Paul doit à Pierre dix hectolitres de blé; et Pierre doit à Paul dix hectolitres d'avoine.

La compensation a-t-elle lieu entre ces deux dettes ?

La solution affirmative compte des partisans très-convaincus :

1° Deux dettes, qui ont également pour objet des sommes d'argent, sont essentiellement compensables ;

Or, dit-on, la loi considère comme ayant également pour objet des sommes d'argent, les dettes qui ont pour objet des denrées, dont le prix est constaté par les mercuriales ;

Donc, ces dettes sont, en effet, compensables ellesmêmes, comme si elles avaient pour objet des sommes d'argent.

Devoir dix hectolitres de blé, dont le cours est constaté à 20 fr. par les mercuriales, c'est devoir 200 fr.

Et, de même, c'est devoir 200 fr., que devoir dix hectolitres d'avoine, dont le cours à 20 fr. est également constaté par les mercuriales.

Donc, ces deux dettes, de blé et d'avoine, assimilées ainsi à deux dettes d'argent, sont nécessairement compensables entre elles.

2° On ajoute que cette solution est commandée par un argument de logique irrésistible, et véritablement mathématique.

Comment, en effet, se pourrait-il que deux choses, qui sont, l'une et l'autre, séparément, compensables avec une troisième, ne fussent pas compensables entre elles!

Si elles sont, l'une et l'autre, également compensables avec cette autre chose, c'est évidemment qu'elles sont, l'une et l'autre, identiques avec elle;

Or, si elles sont identiques avec elle, comment ne seraient-elles pas identiques aussi l'une avec l'autre?

Cela serait incompréhensible!

Si B égale A, et que S égale aussi A, il est clair que B égale S.

« *Quæ sunt eadem uni tertio, sunt eadem inter se.* » (Comp. Zachariæ, § 326, texte et note 3; Marcadé, art. 1291, n° 2; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 455, note 5; Desjardins, n° 63.)

508. — Mais cette doctrine est, suivant nous, inadmissible.

Que deux dettes, qui ont pour objet des denrées d'espèce ou de qualité différente, ne soient pas compensables entre elles, cela est élémentaire!

L'article 1291 exige, en effet, formellement, qu'elles soient de la *même espèce.*

Deviennent-elles néanmoins compensables, lorsque le prix des denrées, que ces dettes ont pour objet, est constaté par les mercuriales?

Nous ne le croyons pas davantage :

1° La disposition finale de l'article 1291, qui admet la compensation d'une dette de grains ou de denrées avec une dette d'argent, est certainement une disposition exceptionnelle, qui apporte à la règle générale de la compensation une dérogation évidente; et nous avons, en effet, signalé les graves objections, qu'elle soulève. (*Supra*, n° 494.)

Une telle dérogation ne saurait donc être étendue en dehors du texte même de la loi et du motif précis, sur lequel il est fondé.

Or, l'application, que l'on prétend en faire à deux dettes de denrées d'espèce ou de qualité différente, nous paraît avoir ce double tort qu'elle s'écarte, en même temps, et du texte de la loi, et de son motif.

2° Elle s'écarte du texte de la loi, lorsqu'elle avance, ainsi que le fait notre honoré collègue, M. Desjardins, que *la loi traite les créances de denrées, dont le prix est constaté par les mercuriales, comme des créances de sommes d'argent.* (*Loc. supra cit.*)

La loi ne dit pas cela! c'est dénaturer sa formule, que de la traduire de cette manière!

Ce que la loi dit seulement, c'est que *les prestations de grains ou denrées, dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles.*

Voilà tout!

Une dette de grains ou denrées d'une part, et, d'autre part, une dette d'argent, tel est le cas déterminé, que prévoit et résout notre texte.

Et c'est le violer manifestement, à notre avis, que d'aller au delà et d'en déduire une assimilation complète de la dette de denrées avec la dette d'argent.

3° La doctrine, que nous entreprenons de combattre, ne s'écarte pas moins, disons-nous, du motif de la loi que de son texte.

Ce que la loi a pensé, c'est qu'il serait généralement facile à celui qui est en même temps que débiteur de denrées, dont le cours est constaté par les mercuriales, créancier lui-même d'une somme d'argent envers son créancier, qu'il lui serait facile de se procurer, avec les denrées qu'il doit, l'argent qui lui est dû.

Il faudra qu'il les vende pourtant, ses denrées! il faudra qu'il fasse une opération pour transformer ses denrées en argent! et nous avons, en effet, remarqué que la loi lui imposait là une obligation, qui pourrait bien, à la rigueur, être contraire au droit, qui résulte pour lui de sa créance!

Mais n'est-il pas clair que l'obligation, qui va en résulter pour les parties, sera bien plus grave, si on admet la compensation entre deux dettes de denrées d'espèce ou de qualité différentes!

L'opération, en effet, sera double.

Il faudra que celui qui est créancier du blé, et auquel son débiteur laisse en payement l'avoine, qui lui est due, il faudra d'abord qu'il vende son avoine pour de l'argent, et ensuite qu'avec cet argent, il achète le blé dont il a besoin.

Et de même, celui qui est créancier de l'avoine, et auquel son débiteur laisse en payement le blé, qui lui est dû, il faudra que, par une double transformation, il convertisse d'abord son blé en argent, et ensuite son argent en avoine!

Or, c'est là une aggravation qu'il nous paraît impossible d'imposer aux parties, en dehors du texte de la loi.

3° Cette argumentation nous dispense, croyons-nous, de répondre aux axiomes, que la doctrine contraire a empruntés aux mathématiques.

Les jurisconsultes ne raisonnent donc pas avec la même rigueur que les mathématiciens?

Nous ne ferions, s'il le fallait, aucune difficulté à en convenir! (Comp. Aubry et Rau, t. IV, p. 224; Larom-

bière, t. III, art. 1291, n° 11 ; Lair, *de la Compensation*, p. 204 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 242 *bis*, XV.)

509. — La compensation, dont il s'agit dans le second alinéa de l'article 1291, est légale ; et elle s'accomplit, par conséquent, aussi de plein droit ; de même que celle dont il s'agit dans le premier alinéa de cet article.

Cela est de toute évidence !

1° En effet, ce qui résulte du second alinéa, c'est que, dans le cas qu'il prévoit, la compensation a lieu de la même manière que dans le cas prévu par le premier alinéa, quoique l'une des conditions, qui sont exigées par celui-ci, ne se rencontre pas ;

Or, dans le cas du premier alinéa, la compensation est légale ;

Donc, elle est légale aussi dans le cas du second alinéa.

2° C'est en vain que l'on voudrait opposer ces mots de notre texte : « *peuvent se compenser....* »

Car cette formule se rapporte, non pas aux personnes, mais aux choses ; elle est relative aux *conditions réelles* de la compensation, comme dit M. Larombière, non point aux *conditions personnelles*.

Ce qu'elle signifie seulement, c'est que les prestations en grains ou en denrées, dont le prix est réglé par les mercuriales, sont *compensables* avec les dettes d'argent... ; compensables donc, suivant le droit commun de la compensation, c'est-à-dire de plein droit.

3° Nous avons d'ailleurs remarqué, dès le début, que notre Code, dans cette section, ne s'occupe, en effet, que de la compensation légale. (*Supra*, n° 481.)

Valin, dans l'ancien Droit, a écrit pourtant que *la compensation*, dont il s'agit, *n'est pas de droit*. (Sur la Cout. de la Rochelle, art 61.)

Mais nous savons que, dans l'ancien Droit, cette espèce de compensation n'avait pas été généralement reconnue. (*Supra*, n° 495.)

Quoi qu'il en soit, l'opinion de Valin, qui paraît même avoir été isolée autrefois, serait aujourd'hui contraire à la doctrine généralement admise.

II.

IL FAUT, POUR QUE LA COMPENSATION LÉGALE S'OPÈRE, QUE LES DEUX DETTES SOIENT LIQUIDES.

SOMMAIRE.

510. — La loi exige, en second lieu, que les deux dettes soient liquides. — Définition.
511. — Explication. — Critique.
512. — Suite.
513. — Suite.
514. — Deux éléments constituent la liquidité de la dette, à savoir : I. La certitude de son existence; II. La détermination de sa quotité.
515. — I. — Il faut que la dette soit certaine dans son existence.
516. — Suite.
517. — Suite.
518. — II. — Il faut que la quotité de la dette soit déterminée.
519. — Suite.
520. — Suite.
521. — Suite.
522. — Faut-il considérer comme *liquide* la dette, qui est facilement et promptement *liquidable?*
523. — Suite.
524. — Suite.
525. — Suite.
526. — Suite.
527. — Suite.
528. — Suite. — Observation générale sur cette condition de liquidité des dettes.
529. — Suite.
530. — Du cas où les deux dettes ne sont pas payables au même lieu. Exposition. — Transition.
531. — Suite.
532. — Suite.
533. — Suite.
534. — Suite.
535. — La compensation, que l'article 1296 déclare admissible, est légale et non pas seulement facultative.

510. — L'article 1291 exige, en second lieu, que les deux dettes soient également liquides.

« Une dette est liquide, disait Pothier, lorsqu'il est constant qu'il est dû, et combien il est dû : *cum certum est an et quantum debeatur.* » (N° 628.)

Tels sont, en effet, les deux éléments, d'où résulte la liquidité de la dette :

1° La certitude de son existence;

2° La détermination de sa quotité;

Les deux éléments, disons-nous, nécessaires, afin que la compensation s'opère de plein droit, au moment même où les deux dettes coexistent. (Comp. art. 559, Cod. de Procéd.)

511. — Pourquoi?

Et par quel motif le législateur a-t-il exigé cette condition?

L'explication n'en est peut-être pas facile; et elle a soulevé des objections, qui ne manquent pas de gravité.

Aux termes de l'article 1290, a-t-on dit, la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, à l'insu des parties, au moment où les deux dettes coexistent;

Or, une dette, lors même qu'elle n'est pas encore liquide, n'en existe pas moins;

Donc, le défaut de liquidité ne devrait pas faire obstacle à la compensation.

L'existence n'en est pas certaine entre les parties!

Qu'importe, puisque la compensation s'opère à leur insu, lors même qu'elles ignorent l'existence de la dette.

Qu'importe, que plus tard, après que les deux dettes se sont éteintes dans leur rencontre, l'une des parties en conteste l'existence, si sa contestation est déclarée rétroactivement mal fondée?

La quotité n'en est pas déterminée!

Qu'importe encore?

Cette objection revient, en effet, comme celle qui précède, à dire que les parties ignorent combien il est dû.

Mais est-ce qu'il est nécessaire qu'elles le sachent,

dans le système français de la compensatien de plein droit ?

Nullement!

En soi, absolument, la dette existe; et sa quotité est déterminée, quoique la liquidation n'en soit pas encore faite. Ce n'est point, bien entendu, la liquidation, qui crée l'existence ni la quotité de la dette; elle ne fait que la déclarer, telle qu'elle existait, au moment où les deux dettes se sont rencontrées. L'ignorance des parties, à cet égard, n'empêche pas que l'existence et la quotité de la dette ne fussent, dès alors, certaines; et on pourrait, à ce propos, citer ce fragment des Institutes : « *Quæ enim, per rerum naturam, sunt certa, non morantur obligationem, licet, apud nos, incerta sint.* » (*De Verbor. oblig.*, § 6.)

Donc, la compensation devrait dater du jour où la liquidation constate, en effet, rétroactivement que les deux dettes ont coexisté.

2° Il est vrai que la Constitution de Justinien exigeait que les dettes fussent liquides. «.... *Si causa, ex qua compensatur, liquida sit.* » (L. III, Cod., *de Compensat.*)

Et c'est de là que nos anciens coutumiers avaient aussi déduit cette conséquence que la compensation ne peut avoir lieu que de *liquide à liquide.* (Cout. de Paris, art. 206; de la Marche, art. 100; du Bourbonnais, art. 37.)

Mais ils ne s'étaient pas exactement rendu compte de la tradition, qu'ils invoquaient.

Dans le système romain, la compensation était *judiciare;* et on comprend pourquoi l'Empereur recommandait au juge de ne l'admettre qu'autant qu'elle ne devrait pas compliquer le procès ni en retarder la décision. Ce qu'il voulait empêcher, c'est que la mauvaise foi ne cherchât à s'en faire un moyen précisément pour retarder cette décision, en jetant, au milieu de l'instance, une autre demande, en quelque sorte, à titre de repré-

sailles ; cela est si vrai, que la *liquidité*, que la Constitution exigeait, n'était pas absolue, mais seulement relative; et que lors même que la dette n'était pas *liquide*, il suffisait qu'elle fût facilement *liquidable*. «.... *non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui præstare....* »

Très-différent était le système français, tel que les coutumiers l'avaient fait. La compensation était devenue *légale;* elle était, par elle-même et par elle seule, un mode d'extinction des obligations.

Cette condition de liquidité n'avait donc plus, sous un tel régime, de raison d'être.

Et c'est par le même motif qu'il est impossible de la justifier aujourd'hui.

D'où plusieurs jurisconsultes concluent que le législateur nouveau, en l'exigeant, n'est pas non plus demeuré fidèle à sa théorie, et qu'il a commis une contradiction ! Comp. Frédéric Duranton, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, p. 862 ; Desjardins, p. 295.)

512. — Nous croyons, toutefois, malgré ces objections, que la condition de liquidité peut être aussi justifiée, sous le régime nouveau, par des motifs satisfaisants :

1° La compensation repose, avons-nous dit, sur la fiction d'un double payement réciproque; et dès lors, on ne doit déclarer actuellement *compensables*, que les dettes qui sont actuellement *payables ;*

Or, une dette non liquide n'est pas actuellement payable ; le payement n'en peut être ni offert par le débiteur, ni exigé par le créancier.

Et de là, tout naturellement, résulte une sorte de terme, qui fait obstacle à la compensation.

C'est-à-dire que la condition de liquidité se rattache à la condition d'exigibilité, que nous allons bientôt exposer.

Voici, d'un côté, une dette immédiatement exigible.

Et, de l'autre côté, une dette, qui n'est pas exigible, en ce sens qu'elle n'est pas susceptible d'une exécution immédiate; bien plus même, une prétendue dette, qui n'existe peut-être pas.

Eh bien! le législateur a pu considérer qu'il n'était pas convenable, qu'il n'était pas équitable que celle des parties, dont la créance est certaine et exigible, la vît, pour ainsi dire, dégénérer en une créance à terme, parce qu'il se pourra peut-être que celui qui est son débiteur, se trouve être aussi son créancier, par le résultat d'une liquidation, qui est à faire!

2° Ajoutons que le même motif, qui justifiait la Constitution romaine, peut également justifier notre Code.

Le législateur de notre Code, en effet, a dû vouloir aussi empêcher que la compensation ne devînt une prime d'encouragement aux mauvaises chicanes d'un débiteur, qui ne l'invoquerait que pour retarder une condamnation inévitable! (Comp. *supra*, n° 479.)

513. — En exposant l'origine de la condition de liquidité, que notre Code exige, nous n'avons pas eu seulement pour but de satisfaire une curiosité historique, qui serait, d'ailleurs, en soi, très-légitime.

Cette origine nous paraît avoir encore un autre intérêt.

C'est elle, en effet, que va nous révéler le secret des tempéraments, que la jurisprudence apporte dans la pratique de cette condition, et auxquels il a bien fallu que la doctrine elle-même se ralliât!

Ce n'est pas seulement non plus d'une manière absolue, que la condition de liquidité est appliquée sous notre Code, mais d'une manière relative, eu égard aux faits et aux circonstances de chaque espèce.

C'est ce que nous allons reconnaître, en examinant

successivement les éléments, qui constituent cette condition.

514. — Ces deux éléments sont, avons-nous dit :

I. La certitude de l'existence de la dette;

II. La détermination de sa quotité;

Deux éléments, que nous avons déjà trouvés, en d'autres termes, dans la formule de l'article 1291, lorsqu'il exige, pour les dettes de denrées, d'abord qu'elles soient *non contestées,* c'est-à-dire que l'existence en soit certaine, et ensuite que *le prix en soit réglé par les mercuriales,* c'est-à-dire que la quotité en soit déterminée (comp. *supra,* n° 493).

515. — I. Il faut d'abord que la dette soit certaine dans son existence.

Voici une dette litigieuse!

Serait-il juridique et équitable qu'elle pût éteindre, par compensation, une dette évidente?

Assurément non!

Et il n'y a pas lieu de s'arrêter au motif, par suite duquel cette dette est incertaine; que le doute soit sur un point de fait ou sur un point de droit, il n'importe! (Comp. Cass., 1er juin 1851, Lavallée, Dev., 1851, I, 740; Cass., 22 juillet 1872, Puech, Dev., 1873, I, 349; Desjardins, p. 387.)

516. — Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, qu'il suffise à une partie de susciter une contestation quelconque, pour que, par ce seul fait, la dette ne doive pas être considérée comme liquide.

« Prenez garde cependant, disait M. Jaubert, que la loi ne dit pas : *également reconnue par les deux parties;* car, si l'une des parties se permettait de faire une mauvaise contestation et de soutenir, contre toute évidence, qu'elle n'est pas débitrice, si le juge voyait clairement que la dette fût certaine, il ne pourrait s'empêcher de déclarer la compensation. Lors donc que la loi exige que les deux dettes soient également liquides, elle n'a

entendu exclure que celles qui pouvaient donner ieu à des discussions; par exemple, si un compte non arrêté était opposé en compensation à un titre. » (Fenet, t. XIII, p. 363.)

Si donc une partie a élevé une contestation évidemment mal fondée, et qu'il soit constaté après une instruction, que la dette par elle contestée était certaine, la compensation, jusque-là en suspens, n'en aura pas moins produit rétroactivement son effet extinctif, du jour où les deux dettes ont coexisté, bien que l'une d'elles ne fût pas reconnue.

C'est au juge qu'il appartient de décider, d'après les circonstances du fait, si la contestation soulevée par l'une des parties, avait un caractère assez sérieux et s'appuyait sur des arguments assez plausibles, pour rendre raisonnablement douteuse l'existence de la dette.

Et, dans ce cas, en effet, la compensation légale de plein droit ne se serait pas opérée (comp. Cass., 12 janvier 1841, l'Adm. des Domaines, Dev., 1841, I, 129; Delvincourt, t. II, p. 575 ; Toullier, t. IV, n° 371; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 227; Colmet de Santerre, t. V, n° 242 *bis*, V).

517. — Bien plus encore!

La dette pourrait être considérée comme certaine, lors même que la preuve de son existence ne serait pas actuellement produite, si elle pouvait être produite facilement et sans retard.

« Nous appelons liquide, disait Charondas, ce qui est certain et se peut présentement demander, dont apert clairement au juge, sans long circuit et traverse de procès. » (Sur la Cout. de Paris, art. CII.)

Telle était aussi la doctrine de Pothier, lorsqu'il écrivait :

« Une dette contestée n'est donc pas liquide et ne peut être opposée en compensation, à moins que celui, qui l'oppose, n'en ait la preuve en main, et ne soit

en état de la justifier promptement et sommairement » (n° 629).

Question de fait et de bonne foi!

518. — II. La certitude de l'existence de la dette ne suffit pas pour qu'elle soit liquide.

Il faut, en outre, que la quotité en soit déterminée.... *quantum debeatur.*

Je vous demande le payement d'une somme de 10,000 fr., en vertu d'un titre incontestable, et actuellement exigible.

Et vous m'opposez la compensation, parce que, dites-vous, je vous dois des dommages-intérêts, pour une cause quelconque, parce que je suis tenu de vous rendre un compte soit de gestion d'affaires, soit de tutelle ou autrement.

Mais quelle est la quotité de ces dommages-intérêts, dont je serais tenu envers vous?

Quel est le montant de ce reliquat, dont le compte me constituerait, envers vous, débiteur?

Nous ne le savons pas encore.

C'est-à-dire que ma créance contre vous, est exigible;

Tandis que votre créance contre moi, ne l'est pas.

Nos deux créances ne peuvent donc pas se rencontrer.

Et, dès lors, point de compensation possible avec une créance, dont la quotité dépend soit d'une estimation, soit d'un règlement de compte. (Comp. Paris, 28 avril 1811, Sirey, 1811, II, 220; Agen, 24 juillet 1865, Martin, Dev., 1866, II, 113; Toullier, t. IV, n° 370; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 227; Larombière, t. III, art. 1291, n° 3; Desjardins, n° 117.)

519. — Nous disons qu'on ne saurait considérer comme liquide la dette, qui dépend d'un règlement de compte.

Il en est ainsi, lors même que quelques-uns des éléments du compte à régler, seraient liquides.

Les divers éléments d'un compte ne sauraient être, en

effet, séparés. L'action en reddition de compte procède d'une cause unique; et elle embrasse, dans son ensemble indivisible, tous les éléments, dont il se compose; lesquels doivent se solder par une balance définitive.

De sorte que c'est le résultat final du compte, le reliquat, en un mot, qui doit être actuellement liquide, pour pouvoir entrer en compensation.

520. — C'est pourquoi aussi les versements réciproques et successifs, dont l'ensemble d'un compte courant se compose, ne sauraient être, au point de vue de la compensation, considérés comme liquides.

Il n'y a, dit fort justement M. Larombière, qu'un compte toujours ouvert, et dans lequel tout se confond; il n'y aura de liquidité et d'exigibilité qu'après le règlement définitif; et encore ne s'appliqueront-elles qu'au compte de solde. (T. III, art. 1291, n° 19.)

521. — Il faut donc que celui qui est débiteur d'une somme liquide et exigible, commence par payer son créancier, sauf à faire liquider ensuite la quotité de la somme, dont son créancier est, de son côté, débiteur envers lui.

Or, ceci peut être, en vérité, très-dur!

Payez d'abord, me dit-on, ce que vous devez à votre créancier.

Et votre créancier ensuite vous payera ce qu'il vous doit.

Il me payera!

Mais précisément, voilà ma crainte! c'est qu'il ne me paye pas; car il est insolvable.

Aussi, ne doit-on pas s'étonner, si l'on a entrepris de subvenir équitablement à une telle situation.

Et voilà bien, en effet, ce qui est advenu.

522. — La jurisprudence, d'accord avec la doctrine, a donc admis que la compensation aurait lieu, dans le cas même où la dette ne serait pas actuellement *liquide*, si elle était facilement et promptement *liquidable*.

C'est impossible ! s'écrie-t-on.

1° Le texte même de la loi s'y oppose.

Le texte exige que les dettes soient *liquides*.

Or, dire qu'une dette est *facilement liquidable*, c'est reconnaître qu'elle n'est pas actuellement liquide.

2° La discussion du Conseil d'État est, en effet, à cet égard, décisive.

M. de Maleville propose précisément d'*étendre l'article* 1291 *aux créances faciles à liquider*.

Mais MM. Bigot-Préameneu et Treilhard répondent que cette proposition, conforme aux usages des pays de Droit écrit, est difficile à concilier avec le principe, qui veut que la compensation s'opère de plein droit et à l'insu des débiteurs, et qu'on ne pourrait d'ailleurs l'admettre que pour le petit nombre de cas, où l'estimation peut être faite d'après les mercuriales.

Ils ajoutent que « *jamais les tribunaux ne font cesser l'intérêt que depuis la liquidité; ce qui prouve qu'ils ne distinguent pas entre le cas où elle est facile et celui où elle rencontre plus de difficultés.* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 186-187.)

Il est vrai que les deux orateurs reconnaissent en même temps que « le juge, déférant à l'équité, peut accorder un délai pour le payement et donner ainsi au débiteur le temps de faire liquider sa créance et d'accomplir la compensation. »

« Mais c'est là, dit M. Desjardins, une compensation purement judiciaire; et on voit combien cette doctrine est éloignée de la jurisprudence qui, assimilant les dettes facilement liquidables aux dettes liquides, admet la compensation légale pour les premières, et la fait réagir antérieurement à la faillite. » (P. 393-394; comp. Lair, *de la Compensation*, p. 214.)

« En résumé, dit aussi M. Miller, nous persistons à penser que la compensation légale, avec tous ses effets, ne peut exister qu'entre deux dettes également liquides;

et que le droit des tribunaux d'ordonner des instructions sur des demandes reconventionnelles qualifiées d'exceptions de compensation, ne peut pas aller jusqu'à donner à la compensation ultérieurement admise un effet rétroactif. » (*Encyclop. du Droit*, v° *Compensation*, n° 56.)

323. — Nous ne croyons pas, toutefois, que la jurisprudence mérite ce reproche.

Et, au contraire, suivant nous, c'est très-juridiquement qu'elle admet la compensation des dettes facilement et promptement liquidables, aussi bien que des dettes actuellement liquides;

Qu'elle l'admet, disons-nous, non pas seulement par voie de demande reconventionnelle (comme nous le verrons), mais aussi par voie d'exception péremptoire, et à titre de compensation légale, opérant, de plein droit, comme le payement, l'extinction de la dette :

1° Le texte de la loi ne nous paraît pas, en effet, s'y opposer.

Ce mot : *liquides*, que les rédacteurs de l'article 1291 ont employé, d'où vient-il ?

Il vient de nos anciens auteurs français, qui l'avaient emprunté au Droit romain, pour le transporter, du système de la compensation judiciaire des pays de Droit écrit, dans le système de la compensation légale des pays coutumiers.

Historiquement donc, le sens du mot : *liquides*, dans notre texte, se trouve ainsi déterminé.

2° Ajoutons que, équitablement, en effet, cette doctrine devait être admise.

Aussi, la discussion, trop peu précise, il est vrai, du Conseil d'État, nous paraît-elle confirmer elle-même cette conclusion.

Cette compensation d'équité, que l'on s'accordait à admettre des dettes facilement liquidables, ce n'était pas une compensation judiciaire ; c'était la compensation légale, la même que nos anciens coutumiers admettaient.

Ce n'est pas, sans doute, que nous prétendions, contre M. Miller, que toute demande reconventionnelle puisse donner lieu à une compensation légale rétroactive!

Nous nous expliquerons bientôt sur les demandes reconventionnelles (*infra*, nos 679 et suiv.).

Ce que nous pensons seulement, c'est qu'il appartient aux juges de reconnaître comme liquide une dette facilement et promptement liquidable. (Comp. Cass., 22 ventôse an IX; Cass., 3 févr. 1819, Sirey, 1819, I, 279; Rennes, 13 janv. 1826, Dev., 1826, II, 188; Cass., 4 août 1851, Dev., 1851, I, 809; Cass., 22 août 1865, Visade, Dev., 1866, I, 153; Merlin, *Répert.*, v° *Compensation*, § 2, n° 1; Toullier, t. IV, nos 411 et suiv.; Taulier, t. IV, p. 413; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, § 571, note 7.)

524. — Comment! voici une dette dont la quotité, il est vrai, n'est pas encore déterminée, mais qui peut être déterminée par un simple calcul d'arithmétique.

C'est un compte, par exemple, dont aucun des éléments n'est contesté, ni dans son existence, ni dans son chiffre; et il n'y a plus qu'à établir la balance.

Une dette pareille sera-t-elle compensable de plein droit?

Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement;

Et cela, non-seulement dans le cas où l'opération arithmétique, qui est à faire, pour en déterminer le résultat, pourrait être opérée, de suite, sur le bureau même;

Mais aussi, dans le cas où cette opération présenterait certaines difficultés d'arithmétique et pourrait entraîner quelques longueurs, par suite de la supputation des intérêts et des imputations successives.

En raison, en équité, cette dette-là est liquide, parce qu'il ne s'agit, pour en mettre la quotité à découvert, que d'une simple opération de calcul. (Comp. Cass., 22 août 1865, Visade, Dev., 1866, I, 153.)

525. — Ne faut-il pas aller plus loin?

Et ne doit-on pas aussi déclarer compensable de plein droit la dette, dont la quotité, quoique non déterminée encore, est déterminable au moyen d'un règlement facile et prompt.

Paul, médecin, a donné des soins à Pierre dans une maladie.

Et une année s'est écoulée, sans qu'il lui ait demandé le payement de ses honoraires.

Mais, avant l'expiration de cette année, Pierre était devenu, de son côté, créancier de Paul d'une somme de 1000 fr., pour une cause quelconque, à titre de succession peut-être.

Voici que, après l'expiration de l'année, il lui demande le payement de cette dette.

A quoi Paul répond qu'il était créancier de Pierre d'une somme de 500 fr. pour les visites qu'il lui a faites, et que, par conséquent, sa dette envers lui n'est plus que de 500 fr., la compensation l'ayant éteinte à due concurrence.

Non pas! suivant Pierre, qui répond, d'une part, que cette créance du médecin, n'ayant pas été réglée par le jury médical, n'était pas liquide; et, d'autre part, qu'il est trop tard maintenant pour la faire régler, parce que la prescription lui est acquise, aux termes de l'article 2272.

Le médecin, sans doute, pourrait, sur ce second chef, déférer le serment à son adversaire. (Art. 2275.)

Périlleuse ressource, toutefois, contre l'ingrat client!

La compensation de plein droit serait donc, en pareil cas, très-favorable à Paul.

Peut-il soutenir, en effet, qu'elle s'est opérée, dès l'instant où les deux dettes ont coexisté?

La Cour de Cassation, dans une espèce semblable, a répondu affirmativement :

« Attendu que le jugement déclare constant, en fait,

que la créance du médecin, pour le payement de ses visites et soins, n'est pas contestée au fond; qu'elle était liquide et exigible sans procès et sans autre retard que celui du règlement du mémoire par le jury médical; qu'ainsi il y a eu compensation de droit, jusqu'à due concurrence; ce qui écarte l'application de l'article 2272. » (2 févr. 1819, Sirey, 1819, I, 279.)

Cette décision nous paraît juridique.

De même, en effet, que la dette doit être considérée comme liquide, dans son existence, malgré la dénégation de la partie adverse, si cette dénégation n'est pas sérieuse (*supra*, nº 516);

De même, elle doit être aussi, suivant nous, considérée comme liquide, dans sa quotité, malgré la dénégation de la partie adverse, si cette dénégation, évidemment mal fondée, peut être mise à néant par une opération facile et prompte.

La compensation ne peut pas dépendre du bon ou du mauvais vouloir des parties, de leur bonne ou de leur mauvaise foi!

526. — Mais c'est un officier ministériel, un avoué, qui prétend que sa créance pour frais et honoraires contre son client s'est, de plein droit, compensée avec la créance de ce client contre lui.

Ou c'est un notaire, qui élève la même prétention, en ce qui concerne sa créance pour les frais et honoraires de ses actes?

Cette prétention est-elle fondée?

Non! répond la Cour de Cassation, si les frais et honoraires n'étaient pas taxés, au moment où l'officier ministériel soutient que la compensation a dû s'opérer. (Comp. 18 avril 1854, Renard, Dev., 1855, I, 255; Angers, 24 mars 1843, D., *Rec. alph.*, vº *Obligations*, nº 217; Cass., 22 août 1865, Visade, Dev., 1866, I, 153.)

Cette doctrine est aussi celle de M. Larombière :

« Lorsqu'il s'agit de dépens de justice, dit-il, on sait

bien qu'ils ont été exposés ; mais on n'en connaît le montant que lorsqu'ils ont été réglés par la taxe. »

« Tels sont aussi les honoraires des notaires ; ils ne viennent en compensation qu'après la taxe. » (T. III, art. 1281, n° 17.)

Sans méconnaître la gravité de cet argument, nous ne pouvons nous empêcher de dire, avec M. Desjardins (p. 393-394), qu'il paraît difficile de concilier la décision du 18 avril 1854 avec celle du 3 février 1819, que nous venons de citer dans le numéro qui précède.

Pourquoi la taxe des frais et honoraires de l'avoué ou du notaire ne serait-elle pas, sous ce point de vue, assimilable à la taxe des honoraires du médecin ? (Comp. aussi en ce qui concerne la créance de l'avocat pour ses honoraires, Dijon, 24 janv. 1842, Taisand, Dev., 1845, 2, 655.)

527. — Deux entrepreneurs avaient fait des travaux l'un pour l'autre.

L'un d'eux tombe en faillite, avant que le règlement de ces travaux respectifs ait été fait.

Et ses syndics assignent l'autre en payement.

L'autre oppose la compensation, répondant que, s'il est débiteur du failli, le failli est lui-même son débiteur.

Mais de combien étaient, de part et d'autre, ces dettes réciproques ?

Il ne pouvait pas le fixer, puisque le règlement des travaux respectivement exécutés n'était pas fait.

Qu'est-ce à dire ?

Que ni l'une ni l'autre de ces dettes n'était liquide.

Eh bien ! pourtant, la compensation a été admise par un arrêt de la Cour de Paris, confirmant un jugement du Tribunal de commerce de la Seine ; la compensation légale, disons-nous, avec effet rétroactif antérieurement à la faillite, après que le règlement des travaux aurait été fait ultérieurement !

« Attendu que les travaux avaient été exécutés respectivement et en même temps par les deux parties ; que le prix en était dû simultanément; et *que si leur montant définitif n'était pas arrêté entre les parties, il était facile à connaître par le règlement des travaux....* » (5 mai 1830, Letrosne, D., 1830, II, 253.)

C'est là, comme on voit, encore une application de la doctrine, d'après laquelle il faut considérer comme liquide la dette, qui est facilement liquidable.

Nous avouerons, toutefois, que cette application nous paraît extrême, et qu'elle deviendrait compromettante pour la doctrine elle-même tout entière, si on l'acceptait sans réserve.

Aussi, croyons-nous, avec M. Miller, que cette décision, qui, dans l'état des faits, pouvait bien être juste au fond, aurait pu être mieux motivée.

« Quand deux entrepreneurs, dit-il, ont simultanément exécuté des travaux pour le compte l'un de l'autre, on peut admettre, entre eux, l'existence d'une convention, expresse ou tacite, en vertu de laquelle ils doivent se payer respectivement en travaux, au lieu d'argent. » (*Encyclop. du Droit*, v° *Compensation*, n° 27.)

Telle paraissait être, en effet, la convention de ces deux entrepreneurs, une convention indivisible dans son ensemble et dans ses résultats.

528. — Des explications, qui précèdent, il résulte que cette seconde condition de la compensation légale, la *liquidité*, n'apparaît pas avec un caractère aussi évident de nécessité, que la première condition, la *fongibilité*.

Nous l'avons fait dériver de l'*exigibilité*, dont elle nous paraît être, en effet, un corollaire. (*Supra*, n° 512.)

Mais elle diffère aussi de cette troisième condition par le même caractère, qui la sépare de la première, c'est-à-dire par ce caractère un peu douteux, qui a fait naître, dans la pratique, les incertitudes, que nous venons d'exposer.

Voilà comment il est advenu que les juges exercent, en ce qui concerne la condition de *liquidité*, une certaine appréciation discrétionnaire.

Cette appréciation s'exerce avec plus ou moins de latitude, suivant les circonstances de chaque espèce, surtout eu égard à la forme du titre, dont le créancier est muni.

Le créancier, auquel la compensation est opposée, agit-il en vertu d'un titre exécutoire non contesté?

Le devoir des magistrats est alors, généralement, de ne point suspendre les poursuites, sous le prétexte d'une compensation, qu'ils ne peuvent pas immédiatement reconnaître et déclarer.

Il en est de même, lorsque le créancier demande le payement d'une lettre de change; puisque, aux termes de l'article 157 du Code de Commerce, les juges, dans ce cas, ne peuvent accorder aucun délai.

Mais si, au contraire, le créancier agit, non par voie d'exécution parée, mais par voie de simple demande, la faculté, plus grande dans ce cas, que les juges ont d'accorder un délai au débiteur, implique aussi la faculté plus grande d'admettre l'exception de compensation, en considérant comme liquide la dette facilement et promptement liquidable. (Art. 1244, Cod. Napol.; art. 122, Cod. de Procéd.);

D'admettre, disons-nous, l'exception de compensation :

Soit légale, *ut ex tunc*, rétroactivement;

Soit judiciaire, *ut ex nunc*. (Comp. Cass., 4 août 1851, Chorain, Dev., 1851, I, 809.)

De même qu'ils peuvent aussi, bien entendu, prononcer actuellement la condamnation contre le débiteur, sauf à celui-ci à former ultérieurement sa demande, s'ils reconnaissaient que cette demande exige une instruction plus ou moins longue. (Comp. Cass., 22 juill. 1873, Puech, D., 1873, I, 349; Dev., 1874, I, 32.)

Nous reviendrons, du reste, sur ce point, en traitant de la compensation reconventionnelle. (*Supra*, nos 677 et suiv.)

529. — Nous venons de dire que, dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, on s'accorde à reconnaître qu'une certaine appréciation appartient aux juges du fait, en ce qui concerne la condition de liquidité.

Il importe, toutefois, d'ajouter que ce pouvoir d'appréciation a aussi sa limite !

Et cette limite, eu effet, commence là où le point de fait étant une fois posé, il s'agit d'y appliquer le point de droit.

« Attendu, dit la Cour suprême, que la question de savoir si la créance était liquide, ne constituait pas, dans ces circonstances (telles que la Cour Royale les avait elle-même constatées), une pure question de fait, mais une véritable question de droit. » (12 janv. 1841, l'Administration des Domaines, Dev., 1841, I, 129.)

530. — Nous croyons devoir rattacher à cette seconde condition de la liquidité des dettes, la disposition de l'article 1296, qui est ainsi conçu :

« Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au
« même lieu, on n'en peut opposer la compensation
« qu'en faisant raison des frais de la remise. »

C'est que, en effet, ainsi qu'on va le reconnaître, cette disposition se rattache à la condition, que nous étudions en ce moment, et qu'elle confirme, de plus en plus, la doctrine, que nous avons entrepris d'exposer, sur le sens juridique, qu'il convient de donner à ce mot : *liquide*, qui est employé dans l'article 1291.

531. — Pierre et Paul sont, tous les deux, domiciliés à Paris.

Pierre doit à Paul une somme de 1000 francs payable à Lyon.

Et voici que Paul se trouve, de son côté, devoir à Pierre une somme de 1000 francs payable à Paris.

La compensation peut-elle s'opérer entre ces deux dettes, qui sont payables dans des lieux différents?

De chiffre à chiffre, et de manière que les deux débiteurs se trouvent respectivement quittes l'un envers l'autre?

Évidemment non!

Ces deux dettes, en effet, ne sont pas absolument identiques, malgré l'apparente similitude de leurs quotités.

Cette somme de 1000 francs, dont Pierre est débiteur envers Paul, c'est à Lyon, qu'il doit la lui payer; à Lyon, où Paul peut-être en a besoin pour un certain emploi.

Si Pierre la lui payait à Paris, il faudrait qu'il se la procurât à Lyon, où elle lui est nécessaire; et il ne pourrait se la procurer à Lyon, qu'au moyen soit d'un transport matériel, plus ou moins dispendieux, soit d'une remise de place en place, c'est-à-dire par l'opération du *change*; de sorte que, ne recevant à Paris que 1000 francs, il lui faudrait, pour avoir cette même somme à Lyon, payer lui-même 5 ou 10 francs peut-être, suivant le cours du change; d'où il suit qu'il ne recevrait finalement à Lyon qu'une somme de 995 ou de 990 francs, au lieu de la somme de 1000 francs, qui lui est due.

Pierre donc ne pourrait pas forcer Paul de recevoir à Paris la somme de 1000 francs, qu'il doit lui payer à Lyon;

Or, s'il ne peut pas le forcer à y recevoir son payement, il ne peut pas davantage lui opposer en compensation de sa dette payable à Lyon, la dette de Paul payable à Paris.

Car, la compensation, qui est un double payement fictif, n'est possible que dans les mêmes conditions où le payement le serait lui-même.

Et surtout, la compensation, qui a été introduite dans l'intérêt commun des parties, ne doit pas aboutir à ce résultat que l'une des parties ne recevrait pas la totalité de ce qui lui est dû, et que, en payement de la somme plus forte, dont elle est créancière, elle retiendrait

seulement la somme plus faible, dont elle est débitrice!

532. — L'objection, dira-t-on, est de toute évidence.

Mais ce qui en résulte seulement, c'est que la compensation ne peut avoir lieu à chiffre égal, et qu'il faut tenir compte de la différence de valeur entre ces deux dettes.

Eh! précisément, voilà la réponse, qui nous ramène à notre condition de liquidité! c'est qu'on ne sait pas le chiffre de la dette de Pierre, qui est payable à Lyon, comparé au chiffre de la dette de Paul, qui est payable à Paris.

Cette différence, en effet, dépend du cours du change entre les deux places; cours, qui s'élève ou s'abaisse, au gré des événements politiques ou économiques, plus ou moins variables, suivant les époques.

On ne le sait pas!

Mais vraiment, quoi de plus facile que de le savoir; le cours du change de place en place est coté partout; et on peut de suite connaître ce qu'il a été à tel ou tel jour déterminé; le calcul le plus simple suffit donc pour déterminer, immédiatement, le chiffre comparé des deux dettes.

Telle est, en effet, l'explication de l'article 1296.

Aussi, loin d'y voir, comme la plupart des jurisconsultes l'ont fait, une dérogation à la règle, qui exige la liquidité des dettes, nous sommes, pour notre part, plus porté à y voir une application de cette règle elle-même.

C'est-à-dire que le législateur a pensé que la dette alors étant facilement et promptement liquidable, devait être considérée comme liquide.

Nous retrouvons encore ici la tradition ancienne :

Soit du droit romain (L. 15, ff. *de Compensat.*);

Soit de notre ancien droit français. (Comp. Charondas, *Pandect.*, liv. II, chap. 39; Domat, *Lois civ.*, liv. IV, sect. II, n° 8; Pothier, n° 633.)

De sorte que le législateur moderne a aussi, sur ce point, maintenu la signification historique du mot *liquide*.

533. — Il faut donc, lorsque les dettes ne sont payables au même lieu, *faire raison des frais de la remise,* dit l'article 1296.

« .... *quanti mea intersit certo loco dari...,* » disait Javolenus. (L. 15, ff. *de Compens.*)

A qui faut-il en tenir compte?

Est-ce toujours, comme notre texte semblerait le supposer, à la partie, à laquelle la compensation est opposée?

Non pas!

Il en est ainsi, il est vrai, dans l'exemple que nous venons de proposer; mais ce n'est qu'un exemple.

Le motif essentiel de la loi exige, en effet, que la raison en soit faite au profit de celle des parties, en faveur de laquelle existe la différence du cours du change.

Question de fait! (Comp. Duranton, t. XII, n° 427; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 231-232; Larombière, t. III, art. 1296, n° 2; Desjardins, p. 429.)

534. — L'article 1296 n'est pas d'ailleurs seulement applicable aux dettes d'argent.

Ce n'est, sous ce rapport, aussi qu'un exemple, que nous avons proposé.

Le texte de la loi est général; et son motif également!

Il faut donc l'appliquer également aux dettes de denrées, de blé, de vin, ou autres semblables, dont le prix varie de même d'un lieu à un autre, surtout du lieu de la production au lieu de la consommation.

535. — Quelle est cette compensation, que l'article 1296 déclare admissible?

Légale? ou facultative?

D'éminents auteurs enseignent qu'elle est seulement facultative, et que, par conséquent, elle ne s'opère que du jour où elle est opposée par la partie, à laquelle la

loi confère ce droit. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 178; Toullier, t. IV, n° 400.)

Mais nous avons déjà répondu que le législateur ne s'occupe, dans toute cette section, que de la compensation légale (*supra*, n° 509).

Ces mots de l'article 1296 : *on n'en peut opposer la compensation*, n'impliquent donc pas plus l'idée d'une simple compensation facultative, que les mêmes mots, qui se trouvent dans les deux articles précédents. Ce qu'ils signifient seulement, c'est qu'on ne peut prétendre que la compensation s'est opérée, qu'en faisant raison des frais de la remise.

L'explication tout entière, que nous venons de fournir, historiquement et juridiquement, de cet article en est aussi, suivant nous, l'irrésistible preuve. (Comp. Duranton, t. XII, n° 427; Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.*, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 231; Larombière, t. III, art. 1296, n° 2.)

III.

IL FAUT, POUR QUE LA COMPENSATION LÉGALE S'OPÈRE, QUE LES DEUX DETTES SOIENT EXIGIBLES.

SOMMAIRE.

536. — Il faut, en troisième lieu, que les deux dettes soient exigibles. — Explication.
537. — De la dette à terme.
538. — Différence entre le terme de droit et le terme de grâce. — Celui-ci ne fait point obstacle à la compensation.
539. — Suite.
540. — Toute espèce d'exigibilité ne rend pas la dette compensable. — Explication. — De l'exigibilité, qui résulte du jugement déclaratif de faillite.
541. — De l'exigibilité, qui résulte de la déconfiture du débiteur non commerçant, et du fait, par le débiteur, d'avoir diminué les sûretés qu'il avait données, par le contrat, à son créancier.
542. — Une dette conditionnelle peut-elle entrer en compensation?

543. — Même question, en ce qui concerne une dette naturelle.
544. — Même question, en ce qui concerne une dette prescrite.
545. — Même question, en ce qui concerne une dette, contre laquelle le débiteur peut exercer une action en nullité ou en rescision.

536. — La troisième condition, que l'article 1291 exige, pour que la compensation légale s'opère, c'est que les deux dettes soient exigibles.

La nécessité de cette condition est d'évidence; elle dérive, comme la condition de fongibilité, de la nature même de la compensation.

La compensation est, avons-nous dit, un double payement, forcé de part et d'autre.

Et, par conséquent, elle ne peut avoir lieu, en effet, que dans le cas où, de part et d'autre, chacun des créanciers peut dire à son débiteur : payez-moi!

Aussi, le mot : *exigibles*, dans l'article 1291, doit-il être entendu dans un sens large; il ne signifie pas seulement qu'une dette à terme n'est pas compensable; il exprime une règle plus générale, à savoir : qu'il faut que chacun des créanciers ait actuellement le droit de contraindre son débiteur au payement, sans qu'aucun obstacle, soit temporaire, soit perpétuel, l'en empêche.

537. — Et d'abord, comme nous venons de le dire, il est clair qu'une dette à terme ne saurait entrer en compensation avec une dette pure et simple.

La logique s'y oppose; et aussi l'équité!

Vous me devez 10 000 francs, actuellement exigibles.

Et je vous dois 10 000 francs, exigibles seulement dans deux ans.

Qu'arriverait-il, si la compensation éteignait du même coup ces deux dettes?

C'est que je serais privé, moi, du bénéfice du terme; et je vous payerais ainsi plus que je ne vous dois.... *minus debetur tempore!* (Comp. Bourges, 17 juin 1829,

Dev., 1833, I, 140; Cass., 19 mai 1835, Dev., 1835, I, 715.)

538. — Cette explication démontre elle-même, par avance, qu'il ne s'agit ici que du terme de droit, c'est-à-dire de celui qui résulte, expressément ou tacitement, de la convention ou de la disposition, que forme le titre du créancier.

L'article 1292 dispose, en effet, que :

« Le terme de grâce n'est point un obstacle à la com- « pensation. »

Telle était aussi la décision romaine :

« *Aliud est enim*, disait Papinien, *diem obligationis non venisse; aliud, humanitatis gratiâ, tempus indulgeri solutionis.* » (L. 16, ff. *de Compensat.*)

Et Pothier, dans notre ancien Droit, ajoutait fort justement que :

« Le terme de grâce est accordé seulement à l'effet d'arrêter la rigueur des contraintes, mais qu'il ne peut empêcher la compensation. » (N° 627.)

Ce terme de grâce, pourquoi le juge l'a-t-il accordé au débiteur?

Parce que celui-ci se trouvait alors dans l'impossibilité de payer son créancier;

Or, cette impossibilité cesse, dès le jour où il devient lui-même créancier de son céancier;

Donc, le terme de grâce doit cesser.

Il serait trop injuste de forcer celui, dont la créance est échue la première, de payer lui-même son propre débiteur, qui ne l'a pas payé, et dont la créance vient d'échoir, au risque de tout perdre! (Comp. le t. II de ce *Traité*, n° 601.)

539. — Bien loin même que le terme de grâce fasse obstacle à la compensation, tout au contraire! on pourrait dire qu'il est de nature à la favoriser, à la faciliter.

Je vous dois 10 000 francs, actuellement exigibles.

Et vous me devez 10 000 francs, exigibles dans six mois.

Vous me poursuivez en payement de ma dette.

Mais je suis gêné en ce moment, et il m'est impossible de payer. Je demande donc aux juges de m'accorder un délai de grâce, en leur faisant connaître que je suis moi-même votre créancier d'une somme de 10 000 francs exigible dans six mois.

Les juges, en effet, pourront, suivant les circonstances, en considération de ma position et de ma bonne foi, m'accorder juste un délai de six mois, à l'expiration duquel la compensation éteindra nos deux dettes.

540. — Il faut donc que l'exigibilité de droit soit venue pour que la compensation s'opère,

Et encore, toute espèce d'exigibilité ne produit-elle pas cet effet.

Il est vrai que, d'après les articles 1188 du Code Napoléon et 444 du Code de Commerce :

« Le jugement déclaratif de faillite rend exigibles, à « l'égard du failli, les dettes passives non échues. »

Mais cette exigibilité accidentelle, qni a pour cause la faillite, est, par cela même, subordonnée aux effets, que le régime de la faillite entraîne.

Or, aux termes de l'article 443 du Code de Commerce, le jugement déclaratif de faillite emporte, de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement, pour le failli, de l'administration de tous ses biens.

C'est-à-dire que, au même moment où la dette devient exigible, le payement ne peut plus en être fait par le failli, au préjudice de la masse des créanciers.

Donc, la compensation, qui n'est qu'un payement fictif, est, dès ce moment, aussi impossible (art. 1298).

Et cela n'est pas moins équitable que logique.

L'exigibilité, que produit la faillite, a lieu, en effet, dans l'intérêt de la masse, afin de rendre la liquidation plus facile et plus prompte ; or, tout au contraire, elle

serait très-préjudiciable à la masse, si elle produisait la compensation entre les dettes à terme du failli et les dettes antérieurement échues, dont quelques-uns de ses créanciers pourraient être tenus envers lui.

Qu'en résulterait-il en effet ?

C'est que ces créanciers, retenant en payement de toute la somme qui leur est due, toute la somme, qu'ils doivent, recevraient un payement intégral ;

Tandis que les autres créanciers chirographaires, payés qu'ils seraient au marc le franc, ne recevraient qu'un dividende proportionnel à leurs créances.

Résultat inique et essentiellement contraire au but de la loi, qui veut maintenir, le plus possible, l'égalité entre tous les créanciers de la faillite !

Cette démonstration nous paraît complète.

Un autre argument encore a toutefois été produit par quelques jurisconsultes et se trouve aussi dans quelques arrêts.

On le déduit de l'article 446, troisième alinéa, du Code de Commerce, qui est ainsi conçu :

« Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, « lorsqu'ils auront été faits, par le débiteur, depuis l'é- « poque déterminée par le tribunal, comme étant celle « de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours « qui auront précédé cette époque :

« Tous payements, soit en espèces, soit par transport, « vente, *compensation* ou autrement, pour dettes non « échues.... »

Mais il nous semble que cet argument ne porte pas.

Pourquoi l'article 446 déclare-t-il, dans le cas, qu'il prévoit, la compensation impossible?

C'est parce que la dette était *non échue*, parce qu'elle n'était pas *exigible ;*

Or, précisément, ce qui fait la difficulté, dans le cas, tout autre, que nous examinons, c'est que la dette était devenue *exigible* par la faillite ;

Donc, l'article 446, dans son troisième alinéa, vise, en effet, un cas tout autre que le nôtre. Ce qu'il prévoit, ce n'est pas une compensation légale; c'est une compensation facultative ou conventionnelle, qui avait eu lieu, entre le failli et l'un de ses créanciers, pour une *dette non échue*. (Comp. Cass., 12 janv. 1811, Sirey, 1811, I, 141; Cass., 17 févr. 1823, Sirey, 1824, I, 82; Lyon, 25 janv. 1825, Sirey, 1825, II, 126; Cass., 24 nov. 1841, Blanchy, Dev., 1842, I, 80; Merlin, *Répert.*, v° *Compensation*, § 2, n° 5; Delvincourt, t. II, p. 91; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 456; Aubry et Rau, t. IV, p. 228; Renouard, *des Faillites*, t. I, p. 321; Larombière, t. III, art. 1291, n° 27.)

541. — Quant à la déchéance du bénéfice du terme, qui résulte aussi de la déconfiture d'un débiteur non commerçant, aux termes de l'article 1188 du Code Napoléon, nous pensons que, en rendant la dette exigible, elle la rend, par cela même, aussi compensable. Le législateur, en effet, n'a pas organisé la déconfiture comme la faillite; et les arguments, que nous venons de produire, ne sauraient s'y appliquer.

Seulement, ce qu'il importe de remarquer, c'est que la compensation ne peut avoir lieu qu'à partir du jugement, qui constate la déconfiture.

La même observation est applicable à l'exigibilité anticipée, qui résulte aussi du fait, par le débiteur, d'avoir diminué les sûretés, qu'il avait données, par le contrat, à son créancier. (Comp. le t. II de ce *Traité*, n° 701.)

542. — Une dette conditionnelle peut-elle entrer en compensation?

Non! si la condition est suspensive;

Oui! si la condition est résolutoire.

Que la dette, qui se trouve subordonnée à une condition suspensive, ne soit pas compensable, cela est d'évidence; cette dette, en effet, non-seulement n'est pas *exigible*, d'après le sens le plus usité de ce mot, qui,

dans la langue juridique, s'applique surtout aux dettes à terme; bien plus, elle n'existe pas même encore; et elle ne saurait donner lieu à une action en payement (art. 1181).

Très-différente est, au contraire, la dette, qui se trouve subordonnée à une condition résolutoire.

Cette dette! elle existe; et le payement peut en être exigé. D'où il suit qu'elle est aussi susceptible d'entrer en compensation.

Mais, pourtant, si la condition résolutoire s'accomplit?

Eh bien! il en sera de la compensation, qui se sera opérée, comme du payement, qui aurait lieu.

Elle devra être rétroactivement considérée comme non avenue (art. 1183; comp. le t. II de ce *Traité*, nos 279 et suiv.; Cass., 20 déc. 1837, Luc Gentile, Dev., 1838, I, 46; Cass., 20 janv. 1858, de Mauny, Dev., 1858, I, 310).

543. — Paul demande à Pierre le payement d'une dette civile.

Mais Pierre soutient que cette dette s'est éteinte par compensation avec une dette naturelle, dont Paul, de son côté, était tenu envers lui.

Cela est bien impossible!

Pierre pouvait-il exiger de Paul le payement de cette dette naturelle?

Non! ni par voie d'action, ni par voie d'exception. (Comp. le t. IV de ce *Traité*, n° 34.)

Or, la compensation repose sur la fiction d'un double payement, qui pouvait être exigé de part et d'autre.

La dette naturelle n'est donc pas *exigible*, dans le sens de ce mot, tel que l'article 1291 l'emploie :

« *Quæcumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.* » (L. 14, ff. *de Compens.*; comp. *supra*, n° 536; Dijon, 27 déc. 1828, Dev., 1831, II, 277; *Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu, Locré, *Législat. civ.* t. XII, p. 365; Toullier, t. IV, n° 389; Duranton, t. XII, 405; Miller, *Encyclop. du Droit*, v° *Com-*

pensation, n° 30; Colmet de Santerre, t. V, n° 174 *bis*, III, et 242 *bis*, X ; Desjardins, n° 120.)

544. — On a mis en question si *une dette prescrite*, comme on dit, peut entrer en compensation.

Il faut évidemment écarter d'abord le cas où la prescription a été, en effet, opposée par le débiteur à son créancier, avant la rencontre des deux dettes; la dette alors est éteinte ; et il est clair que, n'existant plus légalement, elle n'est pas compensable.

Le doute ne peut donc s'élever que dans le cas où le temps requis par la loi pour la prescription étant écoulé, cette prescription pourtant n'a pas été opposée par le débiteur à son créancier, sans qu'il y ait non plus renoncé.

C'est en cet état que les deux dettes se rencontrent.

La compensation aura-t-elle lieu?

Le plus grand nombre des auteurs répond négativement, par ce motif, d'une valeur, suivant nous, plutôt historique que juridique, qu'il a toujours été admis, soit dans le Droit romain, soit dans notre ancien Droit français, qu'il n'était pas possible de faire entrer en compensation les dettes, auxquelles le débiteur pouvait opposer une exception péremptoire (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Compensation*, § 2, n°s 3 et 9; et *Quest. de Droit*, v° *Papier-monnaie*, § 4; Delvincourt, t. II, p. 581; Duranton, t. XII, n° 408; Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 833; Miller, *Encyclop. du Droit*, v° *Compensation*, n° 31 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 228; Desjardins, n° 120).

Cette solution, toutefois, dans les termes où elle est généralement proposée, ne nous paraît pas exacte ; du moins est-elle, suivant nous, trop absolue.

Il ne faut pas oublier, en effet, que la prescription ne s'opère pas de *plein droit*, et qu'il est nécessaire qu'elle soit opposée par le débiteur. (Art. 2224; comp. le t. IV de ce *Traité*, n° 22.)

D'où il suit que la dette existe toujours en effet, même après l'expiration du temps requis pour la prescription, tant que cette prescription n'a pas été opposée par le débiteur;

Or, si la dette existe toujours, elle doit continuer à produire les effets de toute dette légalement existante;

Donc, en cet état même, elle doit aussi entrer en compensation;

Et, ensuite, de deux choses l'une :

Ou le débiteur n'opposera pas la prescription; et dans ce cas, la compensation, valablement opérée, produira ses effets *ut ex tunc*, comme du jour où les deux dettes se sont rencontrées;

Ou le débiteur opposera la prescription; et dans ce cas, au contraire, la dette étant considérée comme éteinte dès le jour de la prescription accomplie, la compensation n'aura pas pu s'opérer.

C'est-à-dire que la compensation ne s'opérera que sous une condition résolutoire, à savoir : si le débiteur n'oppose pas la prescription.

Mais, précisément, nous avons constaté qu'une dette, subordonnée à une condition résolutoire, n'en est pas moins susceptible d'entrer actuellement en compensation. (Comp. Marcadé, art. 1291, n° 4; Larombière, t. III, art. 1291, n°s 24-25.)

545. — C'est à l'aide du même principe que l'on doit, suivant nous, résoudre la question, qui a été également soulevée, de savoir s'il faut admettre en compensation les dettes, contre lesquelles le débiteur peut exercer une action en nullité ou en rescision?

Oui, répondons-nous ; ces dettes-là doivent entrer en compensation ; car elles existent légalement, tant que la nullité ou la rescision n'en a pas été légalement prononcée (art. 1117, 1304; comp. le t. IV de ce *Traité*, n° 21).

Et ensuite, aussi, de deux choses l'une :

Ou la nullité n'en sera pas prononcée ; et, dans ce cas, la compensation, régulièrement opérée, demeurera irrévocable ;

Ou la nullité en sera prononcée ; et, dans ce cas, la compensation sera aussi censée ne s'être jamais opérée, comme par l'effet de l'accomplissement d'une condition résolutoire.

IV.

IL FAUT, POUR QUE LA COMPENSATION LÉGALE S'OPÈRE, QUE LES DEUX PARTIES SOIENT, PERSONNELLEMENT ET PRINCIPALEMENT, CRÉANCIÈRES ET DÉBITRICES L'UNE DE L'AUTRE.

SOMMAIRE.

546. — Exposition.
547. — Suite.
548. — Division. — Le législateur a fait, de cette troisième condition de la compensation, deux applications principales : l'une, dans l'article 1294 ; — l'autre, dans l'article 1295.
549.— A. La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.
550. — Le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.
551. — Suite.
552. — Du cas où plusieurs cautions ou cofidéjusseurs ont cautionné le débiteur principal.
553. — Le codébiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. — Renvoi.
554. — Le codébiteur solidaire ne peut-il pas, du moins, opposer la compensation pour la part, dont son codébiteur, qui est lui-même créancier du créancier, est tenu personnellement dans la dette ? — Explication. — Renvoi.
555. — Que faut-il décider, en ce qui concerne la caution solidaire ? — Comment doit-elle être traitée, au point de vue de la compensation : comme la caution ou comme le codébiteur solidaire ?
556. — Suite.
557. — Suite. — Conclusion.
558. — Faut-il appliquer le troisième alinéa de l'article 1294, en sens inverse, à la solidarité active, entre créanciers ? Explication. — Renvoi.
559. — La règle de la personnalité directe et principale des deux dettes comporte beaucoup d'autres applications, que celles, qui sont énoncées dans l'article 1294. — Elles dérivent du droit commun ; et il n'était pas nécessaire que le législateur les décrétât. — Exemples.
560. — Suite.
561. — Suite.

562. — Suite. — Exposition.
563. — I. La compensation peut-elle s'opérer entre la dette personnelle du mari envers un tiers et la dette personnelle de ce tiers envers sa femme; et réciproquement?
564. — Suite.
565. — Suite.
566. — II. La compensation peut-elle s'opérer entre la dette personnelle d'un associé envers un tiers et la dette personnelle de ce tiers envers la société; et réciproquement?
567. — B. C'est dans l'article 1295 que se trouve la seconde application, que le législateur a faite de la règle, qui exige la personnalité réciproque des deux dettes, pour que la compensation s'opère. — Exposition.
568. — Suite.
569. — Suite.
570. — Ce n'est qu'à partir du moment où la cession est devenue parfaite, que la compensation ne peut plus s'opérer entre le cédant et le cédé. — La cession peut devenir parfaite soit par la signification au débiteur, soit par son acceptation.
571. — Du cas où c'est par la signification de la cession, que le cessionnaire a été saisi, à l'égard du cédé.
572. — Du cas où le cédé a accepté la cession purement et simplement.
573. — Exposition. — Division.
574. — *a*. Sous quelles conditions l'acceptation de la cession par le cédé, produit-elle les effets, que l'article 1295 y attache?
575. — Suite.
576. — Suite.
577. — Suite.
578. — *b*. Quels sont les effets de l'acceptation pure et simple de la cession par le cédé? — Exposition.
579. — 1° Quel est le droit du cessionnaire contre le cédé?
580. — 2° Quel est le droit du cédé contre le cédant?
581. — Suite.

546. — Cette troisième condition dérive d'abord du texte même de la loi.

L'article 1289 dispose que la compensation s'opère, *lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre*.

Et l'article 1294, second alinéa, le complète, en disposant qu'il ne suffit pas que ces deux personnes soient débitrices *personnellement* l'une envers l'autre, et qu'il faut, en outre, qu'elles soient débitrices *principalement*.

La raison logique de la compensation l'exige, en effet, ainsi.

C'est par leur rencontre, que les deux dettes s'entre-détruisent.

Or, cette rencontre ne peut avoir lieu qu'autant que les deux dettes se trouvent, en quelque sorte, sur le même plan, et, pour ainsi dire, face à face!

C'est-à-dire finalement que, pour que la compensation légale s'opère, il faut, suivant la formule que nous avons proposée, que le créancier de l'une des dettes soit le débiteur personnel et principal de l'autre dette; et réciproquement, que le créancier de cette dernière dette soit le débiteur personnel et principal de la première.

547. — Cette formule nous paraît préférable à celle que plusieurs jurisconsultes emploient, en disant que les créances et les dettes à compenser doivent être personnelles *à celui qui oppose et à celui auquel est opposée la compensation*. (Comp. Toullier, t. IV, n° 375; Duranton, t. XII, n° 423; Zachariæ, § 736, note 8.)

Il faut prendre garde effectivement de ne pas confondre la compensation elle-même et les conditions requises par la loi pour qu'elle s'opère, avec l'effet de la compensation, lorsqu'elle est une fois opérée.

Or, nous craindrions que la règle, proposée dans les termes, que nous venons de rappeler, ne favorisât cette confusion.

C'est pour que la compensation s'opère, qu'il faut que les deux personnes soient personnellement et principalement débitrices l'une envers l'autre.

Mais une fois la compensation opérée entre elles, par l'accomplissement de cette condition, toute personne intéressée à ce que l'une et l'autre des dettes soient éteintes, peut évidemment opposer la compensation (art. 1234-1290.)

Paul doit 10 000 fr. à Pierre.

Et je suis la caution de Paul.

Il arrive que Pierre doit lui-même 10 000 fr. à Paul.

Ma dette personnelle comme caution envers Pierre, est-

elle compensable de plein droit, avec la dette personnelle de Pierre envers Paul?

Non pas! quoique ces deux dettes soient, de part et d'autre, respectivement personnelles à la caution et au créancier.

Elles ne sont pas, disons-nous, compensables entre elles.

Mais cela ne m'empêchera pas *d'opposer*, comme caution, la compensation, qui s'est opérée, de plein droit, entre la *dette de Paul*, débiteur principal, et la *dette de Pierre*, son créancier (art. 1294, 1er alinéa).

C'est ainsi encore que la dette de l'un des codébiteurs solidaires n'est pas compensable de plein droit avec ce que le créancier doit à l'un de ses codébiteurs.

Il est vrai! (Art. 1294.)

Mais si celui des codébiteurs solidaires, qui se trouve lui-même créancier du créancier, a invoqué la compensation, il est certain que les autres codébiteurs sont libérés et qu'ils peuvent, en conséquence, *opposer* aussi cette compensation au créancier (comp. le t. III de ce *Traité*, n° 398; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 229-230; Larombière, t. III, art. 1291, n° 2; Desjardins, n° 107.)

548. — Revenons à notre troisième condition.

Le législateur du Code en a fait deux applications principales :

A. L'une, dans l'article 1294 ;

B. L'autre, dans l'article 1295.

Nous allons les examiner successivement.

549. — *A*. L'article 1294 est ainsi conçu :

« La caution peut opposer la compensation de ce que « le créancier doit au débiteur principal.

« Mais le débiteur principal ne peut opposer la com- « pensation de ce que le créancier doit à la caution.

« Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer

« la compensation de ce que le créancier doit à son co-« débiteur. »

Le premier alinéa de notre texte prévoit d'abord le cas le plus simple.

C'est le débiteur principal, qui devient lui-même créancier de son créancier.

La caution peut-elle opposer la compensation?

Évidemment oui!

C'est une exception à la règle, qui exige la personnalité des deux dettes, dit Toullier (n° 376).

Mais, vraiment, non!

C'est, au contraire, l'application la plus directe de cette règle!

Ce n'est pas entre la caution et le créancier, débiteur lui-même du débiteur principal, que la compensation s'opère.

C'est entre le créancier et le débiteur principal, qui se trouvent, eux! débiteurs et créanciers personnels et principaux l'un de l'autre.

Et, quand, après cela, l'article 1294 ajoute que la caution peut opposer cette compensation, il ne fait que rappeler le principe le plus élémentaire, à savoir : qu'il ne peut y avoir d'accessoire sans principal, et que, en conséquence, aux termes de l'article 2036 :

« La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et « qui sont inhérentes à la dette.... »

Or, telle est bien la compensation opérée entre le débiteur principal et le créancier, par laquelle la caution se trouve libérée, comme elle le serait par le payement, que le débiteur principal aurait fait au créancier.

550. — C'est le cas inverse, que prévoit le second alinéa de l'article 1294.

Cette fois, c'est la caution, qui devient créancière du créancier.

La compensation a-t-elle lieu entre ce qu'elle doit, en son nom de caution, et ce qui lui est dû, à elle-même, en son propre nom?

Le débiteur principal peut-il prétendre qu'il est libéré envers son créancier, sauf le recours de la caution contre lui?

Évidemment non!

Logiquement, d'abord, la personnalité directe et principale des deux dettes fait ici défaut; cette dette, dont la caution est tenue envers le créancier, qui est devenu son débiteur, elle n'est pas la sienne! c'est la dette d'un autre! et la balance ne saurait être égale entre la dette, dont elle n'est tenue envers le créancier que pour le compte d'un autre, et la dette dont ce dernier est tenu, envers elle, pour son propre compte!

Équitablement aussi, on ne saurait, par le moyen de la compensation, aggraver ainsi la condition de la caution.

Elle ne s'est engagée à payer le créancier, que si le débiteur ne le paye pas lui-même (art. 2011);

Or, la compensation est un mode de payement;

Donc, elle ne peut pas s'opérer là où le payement ne peut pas avoir lieu.

On pourrait dire, en effet, que la dette de la caution n'est pas exigible, tant que le créancier ne s'est pas d'abord adressé au débiteur principal, sans avoir pu obtenir de lui son payement;

Et si elle n'est pas exigible, elle n'est pas compensable (art. 1291).

551. — Mais voici que le créancier poursuit la caution, soit après avoir discuté préalablement les biens du débiteur principal, soit même sans les avoir discutés.

La caution, si elle a une créance contre lui, peut-elle lui opposer la compensation?

Où serait l'obstacle?

Qui compense, paye!

Seulement, ce ne sera pas un cas de compensation légale ; car nous sommes en dehors de la condition de personnalité directe et principale, qui y est nécessaire.

Ce sera un cas de compensation facultative.

Cette compensation ne produira, dès lors, ses effets que du jour où elle aura été opposée par la caution.

Et, au nombre de ces effets, il faudra mettre l'extinction de l'obligation principale ; de sorte que le débiteur principal, libéré envers son créancier, ne sera plus débiteur que de la caution.

Pourtant, l'article 1294 dispose que « *le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.* »

Il est vrai ! il n'y a que la caution, elle-même, qui puisse opposer cette compensation.

Mais ce qui n'est pas moins vrai, c'est que, une fois qu'elle l'a opposée, le débiteur principal peut s'en prévaloir (comp. *supra*, n° 547 ; Duranton, t. XII, n° 427 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 246 *bis*, II ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 230 ; Larombière, t. III, art. 1294, n° 2).

552. — La doctrine, que nous venons d'appliquer entre la caution et le débiteur principal, doit être appliquée aussi entre plusieurs cautions ou cofidéjusseurs, qui ont cautionné le même débiteur principal (art. 2033).

D'où il suit :

1° Que l'une des cautions ne peut pas opposer la compensation de ce que le créancier doit à l'autre caution ;

2° Mais qu'elle peut se prévaloir de cette compensation, lorsque la caution, créancière, l'a elle-même opposée. (Comp. Larombière, t. III, art. 1294, n° 2.)

553. — Enfin le troisième alinéa de l'article 1294 dispose que :

« Le codébiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. »

Pourquoi ?

C'est ce que nous avons entrepris d'expliquer ailleurs, en traitant des obligations solidaires.

Il suffit donc, sur ce point, de nous référer aux développements, que nous y avons consacrés. (Comp. le t. III de ce *Traité*, n[os] 398-399.)

554. — Nous avons aussi, à cette même place, examiné la thèse délicate, que cette disposition soulève.

Le codébiteur solidaire, qui ne peut pas opposer, pour le tout, la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur, peut-il au moins l'opposer pour la part, dont le codébiteur, qui est lui-même créancier du créancier, est tenu personnellement dans la dette?

Thèse délicate, en effet, et fort controversée, que nous avons cru devoir résoudre négativement, malgré de nombreuses et imposantes dissidences. (Comp. le t. III précité, n[os] 400-401; ajout. Miller, *Encyclop. du Droit*, v° *Compensation*, n° 20.)

Nous nous félicitons de pouvoir ajouter que la doctrine, qui nous a paru la plus juridique, a été, depuis lors, consacrée en Belgique, d'abord par un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 7 juillet 1871 (Delvaux, *la Belgique judiciaire*, 1871, p. 1238), et ensuite par la Cour de Cassation, le 15 juin 1872 (Delvaux, *la Jurisprudence de Belgique*, 1872, p. 289; ce dernier recueil a reproduit, en même temps que l'arrêt, la Consultation, que nous avons délibérée dans cette affaire).

Que notre honorable confrère du barreau de Bruxelles, M. Vandewalle, nous permette de le remercier de ces intéressantes communications, que nous devons à son obligeance.

555. — Nous venons d'exposer, successivement et séparément, chacun des trois alinéa de l'article 1294.

Une question, très-grave aussi, va résulter maintenant du rapprochement et de la combinaison de ces textes.

D'après le premier alinéa, la caution peut opposer la

compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal;

Et, d'après le troisième alinéa, au contraire, le débiteur solidaire ne peut pas opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

Rien de plus simple que l'application distincte et séparée de ces deux textes, quand on se trouve en présence soit *d'une caution simple,* soit d'un *codébiteur solidaire.*

Mais nous voici en présence *d'une caution solidaire !*

Paul a emprunté de Pierre 100 000 fr.

Et je me suis porté, envers Pierre, caution solidaire de Paul.

Il arrive que Pierre, créancier de Paul, le débiteur principal, devient lui-même son débiteur.

Puis-je, moi, la caution solidaire de Paul, opposer la compensation à Pierre, et soutenir que je suis libéré de mon cautionnement ?

Cette question est difficile.

Et précisément, ce qui fait la difficulté, c'est le caractère mélangé de cet engagement, que l'on appelle caution solidaire, et qui participe, à la fois, de deux éléments en apparence, contraires, à savoir : du cautionnement et de la solidarité.

Lequel doit prévaloir, au point de vue de la compensation ?

Si c'est le cautionnement, je puis invoquer le premier alinéa de l'article 1294 ; et me voilà libéré par la compensation opérée entre Paul et Pierre.

Si c'est la solidarité, je tombe sous l'application du troisième alinéa; et il m'est impossible d'opposer la compensation, du chef de Paul.

Eh bien! donc, lequel des alinéa est applicable à la caution judiciaire? le premier ou le troisième ?

536. — Un parti considérable, dans la doctrine, enseigne que c'est le premier alinéa de l'article 1294, qu'il faut appliquer, et que la caution solidaire doit être, au

point de vue de la compensation, traitée comme le codébiteur solidaire :

1° La question est, dit-on, d'abord tranchée formellement par le texte même de la loi.

L'article 2021 est, en effet, ainsi conçu :

« La caution n'est obligée, envers le créancier, à le « payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préala- « blement discuté dans ses biens; à moins que la cau- « tion n'ait renoncé au bénéfice de discussion, *ou à* « *moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débi-* « *teur; auquel cas, l'effet de son engagement se règle par les* « *principes, qui ont été établis pour les dettes solidaires.* » (Ajout. art. 2026.)

Or, d'après les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires, par le troisième alinéa de l'article 1294, le débiteur solidaire ne peut pas opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur;

Donc, la caution solidaire ne peut pas non plus opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur, puisque l'effet de son engagement est le même que celui du débiteur solidaire.

Le syllogisme, s'écrie Marcadé, est tranchant !

2° On ajoute que le texte de la loi, ainsi étendu, est très-conforme aux principes, et qu'il consacre, en effet, l'interprétation la plus exacte de l'engagement de la caution solidaire.

Il faut bien distinguer, dit-on, dans cet engagement, les rapports de la caution solidaire avec le créancier et les rapports de cette caution avec le débiteur.

Entre le créancier et la caution solidaire, ce qui prédomine, c'est la solidarité. La caution, en s'engageant solidairement, s'est placée, envers lui, dans la même situation qu'un débiteur solidaire. Point de discussion ! Point de division ! la solidarité, pour le tout et tout de suite !

Ce n'est que dans les rapports de la caution solidaire

avec le débiteur, que le cautionnement prédomine ; ce n'est que *par rapport à lui*, d'après l'article 1216, qu'elle est considérée comme caution ; et la différence, qui existe, de l'un envers l'autre, entre le débiteur solidaire et la caution solidaire, c'est que le codébiteur, qui, après avoir payé le créancier, veut exercer un recours contre son codébiteur pour le tout, doit prouver, en effet, que la dette concernait, pour le tout, son codébiteur ; tandis que cette preuve est toute faite en faveur de celui, qui ne s'est engagé que comme caution solidaire.

Voilà toute la différence, qui n'a trait, comme on voit, qu'aux relations de la caution solidaire avec le débiteur, et nullement à ses relations avec le créancier (comp. Colmar, 5 juin 1821, *J. du P.*, t. de 1821 ; Duranton, t. XII, n° 332 ; Marcadé, t. IV, n° 840).

557. — Cette thèse, toutefois, n'est pas la nôtre.

Nous espérons pouvoir démontrer, au contraire, que la caution solidaire doit être, au point de vue de la compensation, traitée comme la caution simple, et qu'elle peut, en conséquence, opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal :

1° Et d'abord, dirons-nous à notre tour, c'est en ce sens que le texte est formel !

En effet, aux termes du premier alinéa de l'article 1294 :

« La caution peut opposer la compensation de ce que « le créancier doit au débiteur principal. »

Or, la caution solidaire est une caution ; et le texte, dans sa généralité absolue, est exclusif de toute distinction entre la caution simple et la caution solidaire.

Donc, *la caution*, c'est-à-dire, toute caution, simple ou solidaire, se trouve comprise dans ce premier alinéa.

C'est le texte même ! et nous le prenons tel qu'il est, sans le changer.

Tandis que la doctrine contraire le change, lorsqu'elle

veut placer la caution solidaire dans le troisième alinéa.

Que porte cet alinéa ?

« Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer « la compensation de ce que le créancier doit à son co- « débiteur. »

Le texte dit : *le débiteur solidaire ;*

Et vous dites : *la caution solidaire.*

Donc, vous étendez les termes de la loi ; donc, vous allez plus loin qu'elle.

2° Non ! répliquent les partisans de cette doctrine.

Car débiteur solidaire ou caution solidaire, c'est tout un ! il n'y a pas de différence dans les rapports du créancier avec l'un ou avec l'autre !

Mais c'est là ce que nous contestons absolument.

La caution solidaire, dit-on, a renoncé au bénéfice de discussion. (Art. 2021.)

Il est vrai !

Elle a renoncé au bénéfice de division (art. 2026).

Il est vrai encore !

Mais où est-il écrit qu'elle a renoncé au bénéfice du premier alinéa de l'article 1294 ?

Nulle part !

Or, aux termes de l'article 1162 :

« Dans le doute, la convention s'interprète contre ce- « lui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté « l'obligation ; »

De sorte que, en admettant qu'il y eût ici un doute, c'est en faveur de la caution solidaire, qu'il devrait être résolu.

Mais, à notre avis, ce doute même n'existe pas.

La caution, en effet, tout en renonçant aux bénéfices de discussion et de division, et en s'engageant solidairement, ne s'en est pas moins engagée seulement comme caution.

Envers qui ?

Envers le créancier lui-même.

Oui! c'est envers le créancier lui-même, qu'elle a pris le nom et l'engagement d'une caution;

Or, d'une part, aux termes de l'article 2034, l'obligation, qui résulte du cautionnement, s'éteint par les mêmes modes que l'obligation principale (art. 2036).

D'autre part, aux termes de l'article 1290, la compensation opérée entre le débiteur et le créancier éteint l'obligation principale;

Donc, la caution, même solidaire, est libérée par cette compensation.

Poursuivez-la, sans discussion ni division, tant que la dette principale existe; car elle est caution solidaire.

C'est votre droit, en effet!

Mais du jour où la dette principale est éteinte, de quelque manière que ce soit, elle est libérée; car elle n'était que caution; et il n'y a plus d'accessoire, quand il n'y a plus de principal.

C'est donc, suivant nous, une doctrine inexacte, que celle qui prétend qu'il n'existe aucune différence, relativement au créancier, entre le débiteur solidaire et la caution solidaire.

Est-ce que, en effet, le législateur n'a pas posé séparément, dans deux titres distincts, les règles de la solidarité et les règles du cautionnement?

L'article 1216, que la doctrine contraire invoque, nous paraît lui-même fournir contre elle un argument décisif.

Ce n'est pas, en effet, de la *caution solidaire*, qu'il s'occupe; c'est du *débiteur solidaire* :

« Si l'affaire pour laquelle *la dette* a été contractée *so-*
« *lidairement*, ne concernait que l'*un des coobligés solidai-*
« *res*, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des
« *autres codébiteurs*, qui ne seraient considérés, *par rap-*
« *port à lui*, que comme des cautions. »

Oh! sans doute, le *codébiteur solidaire* est placé

dans le troisième alinéa de l'article 1294, lors même que la dette ne concerne que son codébiteur; dans ce cas, en effet, ce n'est que par rapport à lui qu'il est caution; et, par rapport au créancier, il est codébiteur solidaire.

Mais tout autre est l'engagement de celui qui ne s'est obligé, envers le créancier lui-même, que comme caution solidaire; car celui-là n'est aussi qu'une caution, par rapport au *créancier*.

Est-ce que la caution solidaire ne pourrait pas invoquer l'article 2037 contre le créancier qui, par son fait, aurait rendu impossible sa subrogation aux priviléges et hypothèques de la créance?

Un codébiteur solidaire ne le pourrait pas.

La caution solidaire le pourra-t-elle?

Cette question, nous le savons, est controversée.

Mais nous n'hésitons pas, pour notre part, à répondre affirmativement, par ce même motif toujours, très-juridique et très-équitable, que la caution, même solidaire, n'en est pas moins une caution! (Comp. le t. III de ce *Traité*, n° 498.)

3° Les explications, que nous venons de fournir, ont, croyons-nous, suffisamment prouvé que l'article 2021, qui forme la base de la doctrine contraire, ne comporte pas l'application absolue, qu'elle lui donne.

M. Colmet de Santerre y apporte, en outre, une autre réponse, dont nous acceptons aussi le secours.

Notre savant collègue remarque que l'article 2021 ne parle que de l'*engagement* de la caution solidaire; et cela, dans un chapitre sur l'effet du cautionnement *entre le créancier et la caution.*

D'où il conclut que cet article ne préjuge rien sur l'effet du cautionnement solidaire, *par rapport au débiteur principal.*

Cela posé, il s'agit, au point de vue de la compensation, de savoir si la règle décrétée par l'article 1294, à

l'égard des débiteurs solidaires, intéresse le créancier, ou si elle intéresse les codébiteurs.

Or, il est certain que c'est l'intérêt des codébiteurs, et non pas l'intérêt du créancier, qui a motivé l'interdiction de la compensation ; c'est, avons-nous dit, pour empêcher que l'un des codébiteurs ne s'ingère indiscrètement dans les affaires de l'autre; et pour que l'un d'eux ne se trouve pas ainsi, par le fait du hasard, contraint de faire l'avance; toutes considérations étrangères au créancier.

Donc, la disposition du premier alinéa de l'article 1294 peut être invoquée par toute caution, caution simple ou caution solidaire.

Telle est notre conclusion. (Comp. Toulouse, 14 août 1818, Sirey, 1819, II, 221; Toullier, t. IV, n° 376, note 1; Zachariæ, Aubry et Rau, § 423 et 428 ; Miller, *Encyclop. du Droit*, v° *Compensation*, n° 21; Desjardins, p. 438; Colmet de Santerre, t. V, n° 246 *bis*, IV.)

558. — Nous ne nous sommes occupé, dans ce qui précède, que de la solidarité passive, entre débiteurs.

Faut-il appliquer le troisième alinéa de l'article 1294, en sens inverse, à la solidarité active, entre créanciers?

En d'autres termes, le débiteur, poursuivi par l'un des créanciers solidaires, peut-il opposer en compensation ce que l'autre créancier lui doit?

Nous avons déjà répondu négativement; et cette solution nous paraît toujours juridique, par les motifs que nous en avons fournis. (Comp. le t. III de ce *Traité*, n°s 192-193.)

559. — Il est clair que l'article 1294 ne renferme pas toutes les applications, que peut comporter notre règle de la personnalité directe et principale des deux dettes.

Il n'était, en effet, nullement nécessaire que le législateur prît ce soin.

Les applications les plus élémentaires en sont même telles, qu'il y a une sorte de naïveté à les énoncer.

Que le débiteur, par exemple, ne puisse pas opposer en compensation à son créancier ce que celui-ci doit à un tiers, est-ce la peine de le dire! nul, en effet, ne peut, dit Demante, s'approprier la créance d'autrui (n° 245).

Et, de même, il est évident que le débiteur ne peut opposer en compensation à son créancier ce qui lui est dû, à lui-même, par un tiers.

Nous avons pensé, il est vrai, qu'un tiers, qui veut libérer le débiteur, peut donner en payement au créancier le titre, qu'il a contre ce créancier lui-même, et lui opposer ainsi une sorte de compensation. (Comp. le t. IV de ce *Traité*, n°s 76-77.)

Mais notre espèce actuelle est très-différente!

Ce n'est pas le tiers, qui vient payer pour le débiteur.

C'est le débiteur lui-même, qui prétend payer son créancier avec ce qu'un tiers lui doit.

Or, une telle prétention est certainement inadmissible! (Art. 1289.)

560. — C'est par application de notre règle qu'il faut décider que la partie condamnée aux dépens, avec distraction au profit de l'avoué adverse, ne peut opposer à celui-ci la compensation des sommes, qui lui sont dues par l'autre partie.

« *Ejus, quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.* » (L. 9, Cod., *de Compensat.*; comp. Limoges, 30 mai 1844, Me F..., Dev., 1845, II, 559; Bordeaux, 19 mars 1852, Guinchant, Dev., 1852, II, 420; Paris, 15 déc. 1855, Boutet, Dev., 1856, II, 225.)

561. — La circonstance que le débiteur serait, à un titre quelconque, administrateur ou mandataire du tiers, créancier de son créancier, l'autoriserait-elle à opposer la compensation de ce que son créancier doit à ce tiers?

Évidemment non!

Puisque cette créance, qu'il voudrait opposer en compensation de sa dette personnelle, ne lui est pas également personnelle!

« C'est pourquoi, disait Pothier, je ne pourrai opposer, contre ce que je dois, la compensation de ce que le créancier doit à mon père, à mes enfants, dont je suis tuteur, curateur ou administrateur.... » (N° 630 ; comp. Toulouse, 21 juin 1832, Dev., 1832, II, 494; Larombière, t. III, art. 1291, n° 3; Desjardins, n° 107.)

562. — Notre thèse, amenée à ce point, ne présente plus, à vrai dire, des questions de compensation.

Les questions, qu'elle peut soulever, se rattachent plutôt aux principes des différentes matières auxquelles on l'applique.

On a demandé notamment :

I. Si la compensation peut s'opérer entre la dette personnelle du mari envers un tiers, et la dette personnelle de ce tiers envers sa femme ; et réciproquement;

II. Si elle peut s'opérer entre la dette personnelle d'un associé envers un tiers, et la dette personnelle de ce tiers envers la société ; et réciproquement.

Deux questions à résoudre, disons-nous, plutôt d'après les principes, qui gouvernent soit le contrat de mariage, soit le contrat de société, que d'après les principes, qui gouvernent la compensation.

Nous nous bornerons donc à une simple exposition de cette double thèse, en la renvoyant aux deux matières, où elle devra être traitée spécialement.

563. — I. Primus est créancier personnel d'un tiers, Secundus.

Et Secundus est créancier personnel de Prima, la femme de Primus.

La compensation peut-elle s'opérer entre la dette de Primus envers Secundus, et la dette de Secundus envers Prima?

Non! si Primus et Prima sont séparés de biens, contractuellement ou judiciairement; puisque, dans ce cas, chacun des époux conserve la propriété distincte et séparée de ses biens (comp. art. 1449, 1536).

Oui ! s'ils sont mariés sous le régime de la communauté ; de sorte que les créances et les dettes mobilières des deux époux, étant tombées dans la communauté, les dettes et les créances de la femme sont devenues les dettes et les créances du mari (comp. art. 1401, 1421 ; Pothier, nos 630 et 632).

Ces deux points sont généralement admis : et ils ne paraissent pas, en effet, contestables.

564. — Mais, au contraire, la question est fort controversée, dans le cas où les époux sont mariés sous le régime dotal, en ce qui concerne les créances dotales de la femme.

Le mari, débiteur d'un tiers, peut-il opposer en compensation ce que ce tiers doit à sa femme ?

L'affirmative paraît prévaloir dans la jurisprudence et dans la doctrine :

« Considérant, (porte un arrêt de la Cour de Caen), que ce n'est pas comme mandataire de sa femme, que le mari a le droit de recevoir les deniers dotaux, mais en vertu d'un titre, qui lui est propre, dont il est investi directement par la loi, et qui le constitue créancier personnel de ceux qui en sont débiteurs.... » (18 juill. 1854, Lecroisey, Dev., 180 ; comp. Rouen, 4 mars 1837, *J. du P.*, t. II, p. 525 ; Cass., 6 déc. 1859, D., 1860, I, 501 ; Duranton, t. XII, n° 415 ; Troplong, *du Contrat de mariage*, t. II, nos 3240 et suiv. ; Rodière et Pont, *du Contrat de mariage*, t. II, n° 573).

Nous admettons cette doctrine, en ce qui concerne les intérêts dotaux, dont la créance appartient bien, en effet, personnellement au mari (comp. Bastia, 26 févr. 1855, Patrimonio, Dev., 1856, II, 208).

Nous ne l'admettons pas, en ce qui concerne les créances dotales.

En effet, aux termes de l'article 1567 :

« Si la dot comprend des obligations ou constitutions « de rente, qui ont péri ou souffert des retranchements,

« qu'on ne puisse imputer à la négligence du mari, il « n'en sera point tenu ; et il en sera quitte, en restituant « les contrats. »

Or, si la créance dotale avait cessé d'appartenir personnellement à la femme, pour appartenir personnellement au mari, c'est lui, le mari, qui devrait évidemment supporter les retranchements ou la perte.

Et, de ce qu'il ne les supporte pas, on peut conclure qu'il n'est pas devenu le *créancier personnel*.

Telle est, en effet, notre thèse.

Le mari, dans notre droit, n'est pas le *dominus dotis*.

L'article 1549 dispose qu'il en a seulement l'*administration*.

Que cette administration soit très-libre, notamment en ce qui concerne les créances dotales, nous le reconnaissons.

Mais ce que nous ne concédons pas, c'est qu'elle se transforme en un droit de créance personnelle au profit du mari lui-même.

On objecte que le mari, poursuivi par son débiteur personnel, pourra le payer avec la créance dotale, que sa femme a contre lui !

Nous verrons bien plus tard !

Mais, en admettant même l'objection dans ces termes absolus, ce qui en résulte, c'est que le mari pourra opposer à son créancier une compensation facultative.

La conclusion logique ne nous conduirait donc, en aucun cas, jusqu'à la compensation légale de plein droit. (Comp. Lapeyrère, lettre C, n° 75 ; Larombière, t. III, art. 1291, n° 4.)

565. — La solution, qui précède, nous paraît devoir être la même pour le cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, ou sous le régime exclusif de communauté. (Art. 1498, 1530 et suiv.)

566. — II. Nous avons demandé, en second lieu, si la compensation peut s'opérer entre la dette personnelle d'un associé envers un tiers et la dette personnelle de ce tiers envers la société. (*Supra*, n° 562.)

Non! s'il s'agit d'une société commerciale; parce que la société commerciale, en effet, forme une personne morale distincte de la personne de chacun des associés individuellement.

Et s'il s'agit d'une société civile?

C'est la question de savoir si la société civile forme elle-même aussi une personne morale?

Question controversée, à la solution de laquelle celle que nous proposons, est évidemment subordonnée.

L'affirmative est soutenue par plusieurs jurisconsultes, qui en déduisent cette conséquence, logique, en effet, dans leur doctrine, que l'un des associés peut opposer en compensation à sa dette envers un tiers, sa part dans une créance, qui appartient à la société contre ce tiers. (Comp. Duranton, t. XII, n° 432; Fremery; *Études de Droit commerc.*, p. 30; Thiry, *Revue critique*, 1854, t. V, p. 412, et 1855, t. VII, p. 289; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 230 et 546; Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commerc.*, t. I, p. 174, note 1.)

Mais la doctrine contraire compte aussi de nombreux partisans; et, pour notre part, nous croyons qu'elle est la plus juridique.

En admettant donc, (ce que nous nous réservons de démontrer plus tard), que la société civile forme elle-même une personne morale distincte de la personne de chacun des associés, nous concluons que l'un des associés ne peut pas opposer en compensation à sa dette particulière envers un tiers, ni pour le tout ni par partie, ce que ce tiers doit à la société. (Comp. Cass., 9 mai 1864, Tamboise, Dev., 1864, I, 239; Pardessus, *Droit commerc.*, t. IV, 975-976; Duvergier, *de la Société*, n°s 141, 381 et suiv.; Bravard, *loc. supra cit.*; Troplong,

de la Société, n° 79; Larombière, t. III, art. 1291, n° 6.)

567. — B. C'est, avons-nous dit, dans l'article 1295, que se trouve la seconde application, que le législateur de notre Code a faite de la règle qui exige la personnalité réciproque des deux dettes, pour que la compensation s'opère (*supra*, n° 548).

Cet article est ainsi conçu :

« Le débiteur, qui a accepté purement et simplement « la cession, qu'un créancier a faite de ses droits à un « tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la com- « pensation, qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au « cédant. »

« A l'égard de la cession, qui n'a point été acceptée « par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'em- « pêche que la compensation des créances postérieures à « cette notification. »

Paul a, contre Pierre, une créance de 10 000 fr.; et il n'est tenu, envers lui, d'aucune dette.

Paul cède sa créance à Jacques ; et la cession devient parfaite par la signification à Pierre ou par son acceptation, conformément à l'article 1690.

C'est en cet état que Paul devient ensuite, à son tour, débiteur de Pierre, d'une somme de 10000 francs.

La compensation aura-t-elle lieu ?

Évidemment non !

Entre qui donc, en effet, la compensation pourrait-elle s'opérer ?

Entre Paul et Pierre ?

Mais quand Paul était créancier de Pierre, il n'était pas encore son débiteur ; et quand il est devenu son débiteur, il n'était plus son créancier !

Entre Jacques et Pierre ?

Pas davantage !

Car si Jacques est créancier de Pierre, ce n'est pas lui, qui est son débiteur ; c'est Paul !

C'est-à-dire que la coexistence des deux dettes, entre les mêmes personnes, fait défaut de l'un et de l'autre côté.

Et voilà comment le transport-cession des créances se rattache à notre règle de la personnalité directe des deux dettes.

Car, en déplaçant la créance, il change la personne du créancier, et rend, par suite, la compensation impossible entre le cédant et le cédé.

568. — De même aussi que, par contre, il peut rendre la compensation possible entre le cédé et le cessionnaire !

Jacques, par exemple, le cessionnaire de Paul, devient-il débiteur de Pierre, après la perfection de la cession, qui lui a été consentie?

La compensation s'opérera effectivement, entre Jacques et Pierre, qui deviennent ainsi respectivement débiteurs personnels et principaux l'un de l'autre. (Comp. Paris, 28 févr. 1825, Faillant, D., 1826, II, 60; Bordeaux, 14 avril 1829, Rousset, D., 1829, 2-209; Troplong, *de la Vente*, t. II, n° 891; Duvergier, *de la Vente*, t. II, n° 197; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 310.)

569. — Nous venons de supposer, dans l'exemple qui précède, que Paul n'était pas encore débiteur de Pierre, lorsque la cession, qu'il a faite à Jacques, de la créance, qu'il avait contre lui, a reçu sa perfection.

Allons plus loin.

Paul était déjà débiteur de Pierre; mais sa dette n'était pas encore exigible.

Créancier de 10000 francs contre Pierre, il était son débiteur de 10000, payables seulement dans six mois.

Et c'est avant l'échéance du terme de sa dette, qu'il a cédé sa créance à Jacques.

La solution devra-t-elle être différente?

Nullement !

La compensation ne pourra pas plus s'opérer dans

un cas que dans l'autre, ni entre Paul et Pierre, ni entre Pierre et Jacques.

Il est vrai que le texte de l'article 1295 semble n'appliquer sa disposition qu'aux *créances postérieures à la notification* de la cession.

Pothier lui-même paraissait aussi exiger, pour que le cédé ne pût pas opposer au cessionnaire la compensation de ce que le cédant lui devait, *qu'il eût commencé à être créancier du cédant, avant la signification ou l'acceptation du transport* (n° 632).

Mais ce n'est là, sans aucun doute, qu'une formule purement énonciative.

Qu'importe, en effet, que la dette du cédant envers le cédé fût antérieure à la perfection de la cession, si elle n'était pas, à ce moment là, compensable?

Ce qui empêche l'effet de la cession, c'est la compensation opérée, de plein droit, entre le cédant et le cédé;

Or, la compensation n'a pas pu s'opérer, puisque la dette du cédant envers le cédé n'était pas exigible;

Donc, la cession a pu transmettre cette créance, qui existait toujours.

Est-ce que la loi, pour décider si une créance est compensable, s'attache à sa date, à l'époque où elle a pris naissance?

Pas du tout!

Elle ne s'attache qu'à l'époque de son exigibilité, la seule époque, où la dette devienne susceptible de compensation (art. 1291).

Tant que la dette n'est pas exigible, celui qui en est tenu, s'il est, de son côté, créancier de son créancier, peut donc céder sa créance.

Et c'est en vain que le débiteur cédé, qui va très-prochainement peut-être, devenir créancier du cédant, voudrait opposer des réserves ou des protestations au cessionnaire.

Le cédant a usé de son droit, en transportant la

créance, qui lui appartenait! (Comp. Cass., 3 déc. 1851, Tayac, Dev., 1852, I, 241; Duranton, t. XII, nos 437-438; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 232; Desjardins, n° 109; Larombière, t. III, art. 1295, n° 11.)

570. — Il est bien entendu que l'obstacle, qui résulte de la cession, à ce que la compensation ait lieu entre le cédant et le cédé, ne s'élève que du moment où la cession est parfaite, c'est-à-dire du moment où elle a dessaisi le cédant et saisi le cessionnaire, à l'égard des tiers, et par conséquent aussi à l'égard du débiteur cédé.

Ce n'est, en effet, qu'à partir de ce moment que le cédé ne pourrait plus payer le cédant (art. 1691).

Et ce n'est aussi qu'à partir du moment où il ne pourrait plus *payer*, qu'il ne peut plus *compenser*.

Or, la cession peut devenir parfaite par l'un ou par l'autre de ces deux moyens :

Soit par la signification du transport au débiteur;

Soit par l'acceptation de ce transport faite par le débiteur (art. 1690).

Mais notre article 1295 établit, entre ces deux modes, une différence importante.

571. — Est-ce par la signification du transport, que le cessionnaire a été saisi, à l'égard du cédé?

Rien de plus simple!

Si, déjà, à ce moment-là, la compensation s'était opérée entre le cédant et le cédé, soit avant la cession, soit même depuis la cession, mais avant la signification, il est clair que la cession n'a rien transmis au cessionnaire contre le cédé, puisque la créance était éteinte!

La signification de la cession, dans ce cas, n'empêche donc la compensation que de celles des créances du cédé contre le cédant, qui ne sont pas devenues compensables avant cette signification.

572. — Très-différent est le cas où le cédé lui-même a accepté la cession purement et simplement.

Par le fait de son acceptation, ce ne sont pas seule-

ment ses créances *postérieures* contre le cédant, qu'il ne peut pas opposer en compensation au cessionnaire.

Il ne peut pas même lui opposer en compensation ses créances *antérieures*, c'est-à-dire celles-là même, que la compensation avait éteintes de plein droit, entre le cédant et lui.

Cette différence d'ailleurs est fondée sur un motif très-juridique.

La signification est un acte étranger au cédé; le cédé ne joue alors, dans l'opération de la cession, qu'un rôle purement passif; et il est tout simple que ses droits demeurent entiers contre le cessionnaire, comme ils l'étaient contre le cédant.

L'acceptation, au contraire, est, de la part du cédé, une approbation de la cession; c'est une sorte d'adhésion, par laquelle il s'engage lui-même personnellement, envers le cessionnaire, en tant du moins qu'il reconnaît ainsi, que la créance à lui cédée, n'est pas éteinte.

Ce n'est pas, en effet, que cette acceptation le rende non recevable à opposer au cessionnaire aucune des exceptions, qu'il aurait pu opposer au cédant. (Comp. Cass., 2 août 1847, Gravelle, Dev., 1847, I, 705.)

Mais, du moins, disons-nous, renferme-t-elle, de sa part, une renonciation au droit, qu'il pouvait avoir de lui opposer la compensation, du chef du cédant.

Telle est l'explication, que nos anciens fournissaient de cette disposition spéciale, que notre Code leur a empruntée.

« Quoique je fusse créancier du cédant, dès avant le transport, disait Pothier, cependant si, ayant connaissance de ma créance, j'ai néanmoins accepté purement et simplement le transport, je suis censé avoir, par mon acceptation pure et simple, renoncé à la compensation; et je ne pourrais l'opposer au cessionnaire, qui a compté sur mon acceptation, sauf à moi à exercer ma créance contre le cédant; c'est ce qui a été jugé par des arrêts

cités par Despeisses. (N° 632; comp. Chorier sur Guy-Pape, liv. IV, sect. 7, art. 15.) »

573. — Il n'en faut pas moins reconnaître toutefois que la disposition de l'article 1295, spéciale à la compensation, est exceptionnelle.

Car enfin, cette créance, que le cessionnaire va obtenir contre le cédé, elle n'existait plus! elle était éteinte, de plein droit, par la compensation opérée antérieurement entre le cédant et le cédé!

Aussi, est-il nécessaire de préciser :

a. — D'abord, sous quelles conditions la cession peut alors produire des effets;

b. — Ensuite, quels sont les effets, qu'elle produit.

574. — *a.* La condition, que notre texte y a mise, c'est que le cédé ait *accepté la cession purement et simplement;*

C'est-à-dire sans faire ni protestations ni réserves;

De manière, par conséquent, à induire le cessionnaire en erreur, et à lui faire croire que la créance n'est pas éteinte par compensation.

Que le cédé soit donc averti combien il importe, en cas pareil, de ne pas accepter la cession purement et simplement, s'il a même seulement quelques doutes sur l'existence actuelle de la créance du cédant.

Qu'il n'accepte que sous toutes réserves de compensation;

Ou même qu'il refuse son acceptation, et qu'il mette le cessionnaire dans la nécessité de lui faire une signification.

575. — Est-ce la peine de dire que les réserves à faire, s'il y a lieu, par le cédé, ne sont soumises à aucune forme sacramentelle!

Ce que le texte exige seulement, c'est qu'il n'accepte pas, comme disait aussi Pothier, *purement et simplement.*

Dans quels cas cette condition aura-t-elle été remplie?

Question de fait et de bonne foi, à décider par les

magistrats, d'après les termes de l'acceptation et les circonstances de l'espèce.

576. — Voici un cédé, qui reçoit, sans faire de réserves, la signification du transport d'une créance, dont il avait été débiteur envers le cédant, mais qui était déjà éteinte par compensation, antérieurement à cette signification.

Peut-il opposer cette compensation au cessionnaire?

Assurément oui!

Pourtant, il n'a pas fait de réserves.

Mais, vraiment, est-ce qu'il était tenu d'en faire?

C'est d'une signification, qu'il s'agit;

Ce n'est pas d'une acceptation.

Non-seulement, il n'a pas accepté purement et simplement;

Mais il n'a pas accepté du tout.

Et, par conséquent, il se trouve, dans le second alinéa de l'article 1295, et non pas dans le premier. (Comp. *Observations* de Tribunat, Locré, *Législat, civ.*, t. XII, p. 279; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 238; Desjardins, nº 128.)

577. — Supposons que le cédé a accepté, cette fois, la cession purement et simplement, sans faire de réserves.

Mais, au moment où il acceptait ainsi, il était devenu, à son insu, créancier de son créancier; une succession, par exemple, s'était ouverte à son profit; et celui, dont il se trouvait héritier, sans le savoir, avait une créance contre son créancier.

Le cédé pourra-t-il, dans ce cas, malgré son acceptation pure et simple, opposer, du chef du cédant, la compensation au cessionnaire?

On a répondu affirmativement; et il faut convenir que cette solution peut trouver un appui dans le passage, que nous venons de citer, où Pothier, en effet, suppose que le cédé, au moment où il acceptait la cession purement

et simplement, *avait connaissance de sa créance contre lui.* (*Supra*, n° 572.)

Mourlon ajoute que l'article 1295 est fondé sur la renonciation, que le cédé, en acceptant purement et simplement, est censé avoir faite à la compensation;

Or, d'une part, la renonciation est un acte de volonté, un consentement; et d'autre part, il n'y a ni consentement, ni volonté de la part de celui, qui est dans l'erreur et qui se trompe;

Donc, le cédé est fondé, en cas pareil, à se faire relever de la renonciation, qu'il a faite, par erreur, au droit, qu'il avait d'opposer la compensation au cessionnaire. (*Répét. écrit,* t. II, n° 1453 *quater.*)

Nous ne croyons pas pourtant que la doctrine du savant auteur soit admissible, sous l'empire de notre Code :

1° En effet, le texte du premier alinéa de l'article 1295 est absolu ; il ne distingue pas entre le cas où le cédé a accepté dans l'ignorance où il était de l'existence de sa créance contre le cédant et le cas contraire.

Le cédé a-t-il accepté purement et simplement?

Voilà toute la question.

Si vous répondez oui, le cédé est tenu nécessairement envers le cessionnaire !

2° Il faut reconnaître d'ailleurs que le texte, ainsi entendu, est conforme aux principes du Droit et à l'équité.

En Droit, le cédé, interpellé par le cessionnaire, a contracté envers lui, par sa réponse affirmative et pure et simple, une obligation, qu'il n'a subordonnée à aucune condition, à aucune éventualité.

Il pouvait faire des réserves à tout événement; il n'en a fait aucune.

Il pouvait refuser son acceptation, et contraindre ainsi le cessionnaire à lui faire une signification. Le cessionnaire alors aurait pu concevoir des doutes ; il aurait pu,

les choses étant encore entières, se retourner contre le cédant.

Eh bien! non, le cédé n'a rien fait de tout cela; il a accepté purement et simplement; et dès lors, le cessionnaire a dû compter, en effet, purement et simplement, sur l'effet de cette acceptation.

En équité, par suite aussi, le cédé doit continuer à être obligé envers le cessionnaire, malgré la découverte postérieure de son erreur; car cette erreur pourrait causer au cessionnaire un préjudice irréparable, si le cédant était tombé dans un état d'insolvabilité.

Cet argument prouve, en même temps, que c'est en vain que le cédé voudrait invoquer, en sa faveur, la disposition de l'article 1299.

Outre que l'article 1299 renferme expressément, pour le cas qu'il prévoit, cette exception au principe général de la compensation, tandis que l'article 1295 ne renferme rien de pareil, ajoutons que le cas, prévu par l'article 1299, est tout différent du cas prévu par l'article 1295.

Dans le cas de l'article 1299, la loi, il est vrai, fait revivre l'ancienne créance, dans l'intérêt du débiteur, qui a payé son créancier, lorsqu'il avait *une juste cause d'ignorer la créance, qui devait compenser sa dette.*

C'est là, certainement, une exception; mais, qui peut s'en plaindre?

Les autres créanciers, privilégiés ou hypothécaires, ou les tiers détenteurs?

Mais leur position n'en est pas aggravée; ils demeurent *après*, dans la position, où ils étaient *avant!*

Tandis que, dans le cas de l'article 1295, le cessionnaire pourrait, comme nous venons de le dire, éprouver un irréparable dommage.

Et cela, par la faute ou, si l'on veut, par le fait de qui? par la faute précisément ou par le fait de ce même cédé, qui veut se faire restituer, contre lui, de l'acceptation

pure et simple, par laquelle il l'a induit en erreur, en trompant la confiance personnelle, qu'il a mise en lui ! (Comp. Delvincourt, t. II, p. 177-178 ; Duranton, t. XII, n° 436 ; Marcadé, art. 1295, n° 11 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 460 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 240 ; Larombière, t. III, art. 1295, n° 5 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 247 *bis*, III ; Desjardins, n° 130.)

578. — *b*. Maintenant, quels sont les effets de cette acceptation pure et simple par le cédé, qui emporte, de sa part, la renonciation au droit d'opposer la compensation au cessionnaire, du chef du cédant ? (*Supra*, n° 573.)

Il y a ici deux questions :

1° Quel est le droit du cessionnaire contre le cédé ?

2° Quel est le droit du cédé contre le cédant ?

579. — 1° Et d'abord, quel est le droit du cessionnaire contre le cédé ?

Est-ce l'ancienne créance du cédant, qui lui est transmise ?

Est-ce, au contraire, une nouvelle créance, qui naîtrait, à son profit, *ex causâ novâ*, de l'acceptation pure et simple du cessionnaire ?

C'est un point fort important à résoudre.

Si, en effet, le cessionnaire peut exercer, contre le cédé, l'ancienne créance du cédant, cette créance sera garantie, à son profit, par les mêmes sûretés, qui la garantissaient au profit du cédant, cautionnements, priviléges ou hypothèques ;

Tandis que, si c'est une nouvelle créance, que le cessionnaire acquiert, cette créance nouvelle n'aura aucune garantie de l'ancienne.

On pourrait entreprendre de soutenir que c'est l'ancienne créance du cédant, qui est transmise au cessionnaire :

D'une part, en effet, le premier alinéa de l'article 1295 dispose que le débiteur, qui a accepté purement et sim-

plement la cession, *ne peut pas opposer au cessionnaire la compensation*, qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant; or, c'était seulement la compensation, qui aurait pu éteindre la créance cédée et ses accessoires; donc, cette créance n'est pas éteinte à l'encontre du cessionnaire, puisque la compensation ne peut pas lui être opposée.

Et, d'autre part, le second alinéa de ce même article dispose que la signification de la cession, à la différence de l'acceptation pure et simple, *n'empêche que la compensation* des créances postérieures à cette notification; d'où il semble résulter que l'acceptation pure et simple *empêche*, au contraire, *la compensation* des créances même antérieures; or, si la compensation est *empêchée*, elle n'existe pas et ne peut pas produire d'effets.

On ajouterait que les rédacteurs du Code ont pu être amenés à le décider ainsi, sous l'influence des principes romains, d'après lesquels la compensation n'était pas légale, mais seulement judiciaire, et n'avait pas lieu de plein droit (comp. Marcadé, art. 1295).

Cette solution, toutefois, nous paraît inadmissible:

1° Aux termes de l'article 1290, la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs.

Dès le moment donc où les deux dettes ont coexisté respectivement, avant la perfection de la cession, entre le cédant et le cédé, ces deux dettes ont été éteintes!

Et, par conséquent, la cession n'a pas pu transmettre au cessionnaire une créance, qui n'existait pas.

2° On objecte que l'article 1295 fait exception à l'article 1290!

Il faut s'entendre :

Oui, entre le cessionnaire et le cédé, l'ancienne créance subsistera; le cédé, par son acceptation pure et simple de la cession, s'est mis personnellement, envers le cessionnaire, dans l'impossibilité de lui oppo-

ser la compensation. Il y a là, contre lui, une fin de non-recevoir, par suite de laquelle il doit être, dans ses rapports avec le cessionnaire, traité comme s'il avait été encore débiteur du cédant, au moment de son acceptation. Mais c'est là seulement, en effet, une fin de non-recevoir, résultant de ce qu'il a personnellement induit le cessionnaire en erreur ; et voilà bien aussi ce que suppose la rédaction même du premier alinéa de l'article 1295, rédaction, non pas absolue et impersonnelle, mais, au contraire, toute personnelle et relative, qui ne permet pas *au cédé d'opposer la compensation au cessionnaire.*

Le titre de l'ancienne créance était exécutoire?

Le cessionnaire pourra l'invoquer.

L'ancienne créance était commerciale?

Il pourra saisir le Tribunal de Commerce de son action contre le cédé.

Il pourra même conserver l'hypothèque, qui y était attachée, si cette conservation ne blesse aucun droit acquis, soit à des créanciers postérieurs, soit à des tiers détenteurs.

Mais est-ce à dire que, à l'égard des tiers, la compensation, qui s'est accomplie, doit être considérée comme non avenue?

Non pas!

Une telle conséquence de l'acceptation pure et simple, par le cédé, n'est pas dans le texte.

Et, en vérité, elle n'y pouvait pas être.

Comment ! il dépendrait du cédé, de sa mauvaise foi, de sa complicité peut-être avec le cédant ou le cessionnaire, ou même de son imprévoyance, il dépendrait de lui de faire revivre, au préjudice des tiers, les cautionnements, les priviléges et les hypothèques, qui étaient irrévocablement éteints avec la créance du cédant !

Cela est impossible ! (Comp. Duranton, t. XII, n° 435; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 240; Colmet de Santerre, t. V, n° 247 *bis*, IV.)

580. — 2° Nous avons demandé, en second lieu, quel est le droit du cédé contre le cédant (*supra*, n° 578).

C'est, à beaucoup d'égards, la même question, entre cédant et le cédé, que celle que nous venons de résoudre entre le cédé et le cessionnaire, à savoir :

Si c'est son ancienne créance, avec toutes ses sûretés, que le cédé peut exercer contre le cédant?

Si c'est, au contraire, seulement, une créance nouvelle, pure et simple?

Ou enfin, s'il n'a pas, à la fois, les deux créances, l'ancienne et la nouvelle, avec la faculté d'exercer, à son choix, l'une ou l'autre?

Nous croyons que la solution doit être aussi généralement la même, par les motifs, que nous venons d'en fournir, en ce qui concerne les tiers.

Cette créance du cédé contre le cédant était aussi éteinte par la compensation.

Et il n'a pas pu dépendre du cédé de la faire revivre au préjudice des cautions, des autres créanciers ou des tiers détenteurs (arg. de l'art. 1299).

Nous reviendrons, d'ailleurs, plus spécialement, sur cette thèse, lorsque nous exposerons les effets de la renonciation, que les parties auraient faite au bénéfice de la compensation (*infra*, n°s 613 et suiv.).

581. — Ne faut-il pas, toutefois, excepter le cas où le cédé aurait accepté purement et simplement la cession, dans l'ignorance où il était de la compensation, qui avait éteint sa dette?

Tel serait, en effet, notre avis.

Aux termes de l'article 1299 :

« Celui, qui a payé une dette, qui était, de droit, « éteinte par la compensation, ne peut plus, en exer- « çant la créance, dont il n'a point opposé la compensa- « tion, se prévaloir, au préjudice des tiers, des pri- « viléges ou hypothèques, qui y étaient attachés, à moins

« qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance, qui « devait compenser sa dette. »

Or, cet article tout entier, avec la règle et l'exception qu'il consacre, nous paraît applicable à l'acceptation pure et simple de la cession d'une créance compensée, aussi bien qu'au payement de cette créance.

Le texte n'a trait, il est vrai, littéralement qu'au payement.

Mais il serait impossible de trouver une raison de différence entre ces deux hypothèses.

Nous les assimilons donc!

Et de même que nous avons appliqué à l'acceptation pure et simple d'une cession, la règle de l'article 1299, d'après laquelle celui qui a payé sciemment une dette compensée, ne peut pas se prévaloir, au préjudice des tiers, des sûretés, qui étaient attachées à sa créance (*supra*, n° 580);

De même, nous appliquons aussi l'exception, d'après laquelle celui qui a payé une dette compensée, ayant une juste cause d'ignorer la compensation, conserve, au contraire, même à l'égard des tiers, toutes les sûretés de sa créance. (Comp. Duranton, t. XII, n° 434; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 240; Larombière, t. III, art. 1295, n° 6; Desjardins, n° 130.)

V.

IL FAUT, POUR QUE LA COMPENSATION LÉGALE S'OPÈRE, QUE LES DEUX DETTES, OU L'UNE D'ELLES, NE SOIENT PAS DU NOMBRE DE CELLES, QUE LA LOI A EXCEPTÉES DE LA RÈGLE DE LA COMPENSATION.

SOMMAIRE.

582.— Les quatre conditions, qui viennent d'être exposées, sont les seules, que la loi exige pour que la compensation s'opère de plein droit. —Il n'y en a pas d'autres. — Et notamment, il n'y a pas à s'enquérir de la cause, semblable ou différente, de l'une et de l'autre dette.

583. — Peu importe que l'une des dettes soit constatée par un acte authentique, et l'autre seulement par un acte sous seing privé, ou même qu'elle ne soit pas établie par la preuve littérale.

584. — Ou que l'une soit garantie par des sûretés accessoires, et point l'autre.

585. — L'incapacité des parties ou de l'une d'elles n'y saurait être non plus un obstacle.
586. — Encore moins, faut-il tenir compte de l'inégalité des deux dettes.
587. — La règle, que la compensation légale s'opère, lorsque les conditions précédemment exposées se rencontrent, reçoit cinq exceptions. — Énumération de ces exceptions.
588. — Observation générale sur les trois premiers cas d'exception, que l'article 1293 décrète.
589. — I. La première exception est relative à la demande en restitution d'une chose, dont le propriétaire a été injustement dépouillé. — Exemples. — Explication.
590. — Suite. — Objection. — Explication.
591. — Suite.
592. — II. La seconde exception, que l'article 1293 décrète, s'applique à la demande en restitution d'un dépôt. — Exemple. — Explication.
593. — Suite.
594. — III. La troisième exception, que l'article 1293 décrète, s'applique à la demande en restitution du prêt à usage.—Exemple.—Explication.
595. — Suite.
596. — Suite.
597. — Suite.
598. — Suite.
599. — Suite. — Conclusion.
600. — IV. La quatrième exception, que l'article 1293 décrète, s'applique à une dette, qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables. — Explication.
601. — Suite.
602. — Suite.
603. — V. La compensation n'a pas lieu non plus, par exception, lorsque les parties ou l'une d'elles y ont renoncé. — Exposition.
604. — Les parties peuvent-elles renoncer d'avance à la compensation, *in futurum?*
605. — Suite.
606. — Chacune des parties peut renoncer séparément à la compensation. — De même que la renonciation peut être réciproque. — Observation.
607. — La renonciation à la compensation peut être expresse ou tacite. — De la renonciation expresse.
608. — De la renonciation tacite. — Exemple.
609. — Suite.
610. — Suite.
611. — Suite.
612. — C'est surtout du payement, que l'un des débiteurs fait de sa dette, que peut résulter le plus souvent la renonciation à la compensation. — A cet égard, deux cas sont prévus par l'article 1299. — Exposition.
613. — A. Du cas où celui des débiteurs, qui a payé, n'ignorait pas, ou (ce qui revient au même, dans la pensée de la loi) n'avait pas une juste cause d'ignorer la compensation, qui s'était opérée. — Exposition.

614. — 1° Quel est, à l'égard des tiers, l'effet du payement par lequel celui des débiteurs, qui l'a fait, a renoncé à la compensation?
615. — Suite.
616. — 2° Entre les parties, entre celui des débiteurs, qui a fait le payement, et celui des débiteurs, qui l'a reçu, quel est l'effet de la renonciation, qui en résulte? — Exposition. — Trois opinions sont en présence.
617. — Importance de cette thèse, au point de vue des conséquences très-différentes, qui résultent de chacune de ces trois solutions.
618. — *a*. D'après la première opinion, celui des débiteurs, qui a fait le payement, a une créance nouvelle, qui est née précisément du payement qu'il a fait; il a la *condictio indebiti;* mais il n'a plus son ancienne créance.
619. — *b*. D'après la seconde opinion, celui des débiteurs, qui a fait le payement, a encore son ancienne créance; mais il n'a pas une nouvelle créance, la *condictio indebiti.*
620. — *c*. D'après la troisième opinion, celui des débiteurs, qui a payé, a, tout à la fois, et son ancienne créance et la nouvelle créance, qui est née, à son profit, du payement de l'indu.
621. — B. Du cas où celui des débiteurs, qui a fait le payement, avait une juste cause d'ignorer la compensation, qui s'était opérée.
622. — Suite.
623. — Celui des débiteurs, qui a payé, ayant une juste cause d'ignorer la compensation, a-t-il, outre l'action, qui résulte de son ancienne créance, l'action en répétition de l'indu?
624. — C'est au débiteur, qui a fait le payement, de prouver la juste cause d'ignorance, qu'il invoque.
625. — C. Faut-il aussi distinguer si celui des débiteurs, qui a reçu le payement, l'a reçu par erreur ou sciemment?
626. — Suite.
627. — Suite.
628. — La renonciation à la compensation interrompt la prescription. — Explication.

582. — L'article 1293 est ainsi conçu :

« La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre des dettes, excepté dans « le cas :

« 1° De la demande en restitution d'une chose, dont « le propriétaire a été injustement dépouillé;

« 2° De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt « à usage;

« 3° D'une dette, qui a pour cause des aliments déclarés « insaisissables. »

Les quatre conditions, que nous venons d'exposer,

sont les seules, que la loi exige pour que la compensation s'opère de plein droit.

Il n'y en a pas d'autres!

Et, lorsque ces conditions se trouvent, en effet, réunies, la compensation légale s'opère!

Telle est la règle.

Ainsi, d'abord, qu'il n'y ait pas à s'enquérir de la cause, semblable ou différente, de l'une et de l'autre dette, c'est ce que l'article 1293 exprime lui-même textuellement.

L'une des dettes a pour cause un prêt; et l'autre, un prix de vente.

Celle-ci provient d'un contrat ou d'un quasi-contrat; et celle-là, d'un quasi-délit ou même délit.

Il n'importe!

« *Compensatio debiti ex pari specie, licet ex causâ dispari, admittitur.* » (Pauli Sentent., lib. II, tit. V, § 3; L. 2, Code, *de Compensat.;* voy. toutefois ce que nous avons dit pour le cas particulier, où les deux dettes se trouvent être la cause l'une de l'autre; *supra,* n° 506).

583. — Pas plus qu'il n'importe que l'une des dettes soit constatée par un acte authentique; tandis que l'autre ne serait constatée que par un acte sous seing privé, ou même ne serait constatée par aucune preuve littérale.

« L'authenticité du titre, disait le tribun Jaubert, n'a nul rapport avec la compensation. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 485.)

584. — L'une des dettes est garantie par des sûretés, par un cautionnement, par un privilége ou une hypothèque.

Et l'autre est purement et simplement chirographaire.

Qu'importe encore?

Cette différence n'est-elle pas aussi tout à fait étrangère à la question de compensation?

Assurément oui!

585. — L'incapacité des parties ou de l'une d'elles n'y saurait être non plus un obstacle.

La partie incapable ne pourrait pas payer ce qu'elle doit, ni recevoir ce qui lui est dû!

Il est vrai.

Mais il ne s'agit pas d'un payement réel; il s'agit d'un payement fictif.

Surtout, ce payement fictif n'est point l'œuvre directe et personnelle de la partie;

Il est l'œuvre de la loi, par la force de laquelle ces deux dettes s'amortissent réciproquement dans leur rencontre.

586. — Encore moins, faut-il tenir compte de l'inégalité des deux dettes et de la différence de quotité, plus ou moins grande, qui pourrait exister entre elles.

Aux termes de l'article 1290, en effet, (lorsque bien entendu, d'ailleurs, les quatre conditions requises par la loi, se trouvent réunies) :

« Les deux dettes s'éteignent réciproquement, dès « l'instant où elles se trouvent exister à la fois, *jusqu'à* « *concurrence de leurs quotités respectives*. »

587. — Telle est donc, disons-nous, la règle (*supra*, n° 582).

Mais cette règle comporte certaines exceptions, que nous avons maintenant à exposer.

On peut en compter cinq, dans lesquelles, en effet, la compensation n'a pas lieu; à savoir :

I. — Dans le cas de la demande en restitution d'une chose, dont le propriétaire a été injustement dépouillé;

II. — Dans le cas de la demande en restitution d'un dépôt;

III. — Dans le cas de la demande en restitution d'un prêt à usage;

IV. — Dans le cas d'une dette, qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables;

V. — A ces quatre cas, qui se trouvent dans l'article

1293, nous ajouterons celui où les parties auraient renoncé, expressément ou tacitement, à la compensation.

588. — Les trois premiers cas, que nous venons d'énoncer, sont écrits dans l'article 1293; et ils s'expliquent, tout d'abord, par une raison, qui leur est commune; à savoir : par la défaveur de la cause de ces trois dettes; défaveur qui a paru telle au législateur, qu'il a pensé que le bénéfice de la compensation devait leur être refusé.

Cette explication semble en effet, à première vue, satisfaisante.

Mais, en même temps, ces trois premiers cas soulèvent une objection, qui leur est aussi commune, et qui fait que la raison, que nous venons d'en fournir, ne paraît pas suffire pour les expliquer.

La compensation, en effet, ne peut pas avoir lieu pour les dettes de corps certains; elle ne peut avoir lieu que pour les dettes de choses fongibles; c'est sa règle fondamentale!

Or, les trois premiers cas, énoncés dans l'article 1293, se rapportent, en réalité, à des dettes de corps certains.

Donc, ils n'étaient pas compris dans la règle;

Et, par conséquent, les prétendues exceptions, que l'article 1293 décrète, en ce qui les concerne, n'ont pas de sens!

De sorte que notre syllogisme aboutit, en effet, à cette conclusion alternative :

Ou que ces trois premiers numéros de l'article 1293 sont inutiles;

Ou qu'ils renferment, comme a dit Marcadé, *une erreur législative !*

Nous allons toutefois entreprendre de les expliquer.

Mais il nous a paru nécessaire de signaler d'abord cette objection générale, qui permettrait peut-être de supposer que les rédacteurs de notre texte ne se sont

pas très-rigoureusement rendu compte du mérite scientifique des exceptions, qu'ils décrétaient.

Ont-ils, à leur insu, obéi à l'influence des traditions anciennes, et notamment à celles du Droit romain?

C'est la conjecture de Mourlon, qui remarque que, en Droit romain, d'une part, la compensation était judiciaire, et non pas légale; et d'autre part, que toutes les condamnations, mêmes celles, qui avaient pour objet un corps certain, aboutissant à un résultat pécuniaire, c'est-à-dire à une somme d'argent, il en résultait que les dettes de corps certains pouvaient elles-mêmes devenir compensables (*Répét. écrit*, t. II, n° 1447).

Quoi qu'il en soit, l'article 1293 excepte formellement ces trois cas de la règle de la compensation.

Et il nous faut voir maintenant, sur chacun d'eux, comment il convient de l'entendre.

589. — I. La première exception est relative à la demande en restitution d'une chose, dont le propriétaire a été injustement dépouillé.

C'est l'application de la maxime :

« *Spoliatus ante omnia restituendus !* » (*Sebast. de Medicis, Tract. de Compens.*, p. 2, § 28.)

Pierre est créancier de Paul d'une somme de 1000 fr.

Paul ne le payant pas, Pierre s'introduit chez lui, et s'empare, à son insu, ou malgré sa résistance, d'une somme de 1000 fr., qu'il y trouve.

Et puis, quand Paul lui redemande cet argent, dont il s'est emparé, Pierre répond :

Nous sommes quittes ; la compensation s'est opérée.

Eh bien ! non, la compensation ne s'est pas opérée.

Merlin cite un arrêt, rendu le 12 mai 1780, par le Parlement de Flandre, dans une espèce singulière et à peu près semblable à celle, que nous venons de proposer.

Le créancier d'un huissier, averti que celui-ci avait en caisse une somme provenant d'une vente par suite de saisie-exécution, avait obtenu de lui, à force d'instances,

qu'il lui remît une partie de cette somme, en promettant de la rétablir dans sa caisse, dans les vingt-quatre heures.

C'était une perfidie ! et les vingt-quatre heures expirées, lorsque l'huissier lui redemande cette somme, il lui oppose la compensation ! (Comp. *Répert.*, v° *Compensation*, § 11, n° 11.)

Le Parlement rejeta ce moyen ; et avec grande raison certes !

La cause de votre possession est, en effet, illicite ! c'est *injustement*, suivant le mot de notre texte, que vous détenez cet argent; ce qui veut dire : *sine jure*, d'une façon irrégulière, et autrement que par l'autorité de justice.

Or, nul ne peut se faire justice soi-même; l'ordre public exige donc que ces sortes d'entreprises ne produisent aucun droit.

Voilà pourquoi le bénéfice de la compensation est refusé au spoliateur.

Et cela est d'autant plus juste, que cette voie de fait, si elle produisait la compensation en sa faveur, pourrait lui procurer un avantage, au détriment des autres créanciers de son débiteur, qui ne recevraient peut-être pas la totalité de ce qui leur est dû; tandis qu'il serait, lui ! payé intégralement.

Il faut donc que Pierre rende à Paul les 1000 fr. qu'il lui a pris !

Dût-il perdre, par là, les 1000 fr. qui forment le montant de sa créance, si Paul, étant insolvable, dissipe, aussitôt après les avoir reçus, les 1000 fr. que Pierre va lui rendre !

Telle est, croyons-nous, surtout l'hypothèse, que l'article 1293 1° s'est proposé de régler. (Comp. Toullier, t. IV, n° 381.)

Ajoutons que notre texte n'exige pas que la spoliation qu'il mentionne, offre précisément le caractère d'un délit réprimé par la loi pénale.

Il suffit qu'elle offre le caractère d'une voie de fait, par suite de laquelle le débiteur a été, à son insu ou malgré lui, privé de la chose, qui lui appartenait. (Comp. Larombière, t. III, art. 1293, n° 2.)

590. — Cette solution est, sans doute, morale et politique.

Mais, juridiquement, était-elle nécessaire ?

La spoliation, le vol n'est pas, bien entendu, une manière d'acquérir la propriété ! et c'est en nature, *in ipso individuo*, que le spoliateur doit rendre au spolié la chose elle-même, identiquement, qu'il lui a prise ; c'est-à-dire qu'il est, envers lui, débiteur d'un corps certain.

Or, précisément, ces sortes de dettes ne sont pas compensables, d'après la règle même, la plus élémentaire, de la compensation !

C'est, comme on voit, l'objection, que nous avons signalée d'avance, et qui s'élève ici avec une grande apparence de force.

Ce que l'on peut y répondre, sur ce premier cas, c'est que, en fait, il arrivera souvent que la propriété aura passé du spolié au spoliateur, parce que celui-ci aura confondu les choses, dont il s'est emparé injustement, avec celles qui lui appartenaient ; comme, dans l'exemple, que nous avons supposé, où la spoliation a eu pour objet une somme d'argent.

Et, dans ce cas, en effet, qu'il est possible que le législateur ait eu en vue, le spoliateur est tenu d'une dette de choses fongibles, qui serait compensable, d'après la règle, et qui ne devient incompensable que par l'exception, que la loi y applique.

Elle sera donc, même comme telle, incompensable.

D'où il suit :

1° Qu'elle produira des intérêts (art. 1378), sans préjudice des autres dommages-intérêts, auxquels le spolié pourrait, suivant les cas, avoir droit ;

2° Que la prescription pourra commencer ou continuer à courir au profit du spolié, pour la dette, dont il est tenu envers le spoliateur; de sorte qu'il pourra cesser d'être son débiteur, sans cesser d'être son créancier ;

3° Que les juges pourront accorder un délai au spolié, pour le payement de sa dette, s'ils estiment qu'il y a lieu (art. 1244) ; tout en condamnant le spoliateur au payement immédiat de la dette résultant, à sa charge, de la spoliation.

591. — Mais supposons que le spoliateur a été condamné à restituer au spolié la chose, dont il s'est emparé injustement, avec les intérêts, et, s'il y avait lieu aussi, avec les dommages-intérêts, sans qu'un délai ait été accordé au débiteur spolié.

Le voici, en vertu de cette condamnation, débiteur d'une somme de 1200 fr. exigible.

La compensation maintenant aura-t-elle lieu entre cette dette, dont il est tenu envers son débiteur, et la dette, dont son débiteur est tenu envers lui?

C'est ce que nous allons bientôt examiner. (*Infra*, n° 599.)

592. — II. La seconde exception, que l'article 1293 décrète, s'applique à la demande en restitution d'un dépôt.

Le motif en est le même que dans le premier cas : la défaveur du dépositaire, qui manque à la foi promise; le dépôt est un acte de confiance de la part du déposant, et, par suite, une dette d'honneur de la part du dépositaire.

Refuser la restitution d'un dépôt, sous quelque prétexte que ce soit, (autre, bien entendu, qu'une créance relative à ce dépôt même, art. 1948), c'est presque commettre aussi une spoliation! et voilà comment l'explication, que nous avons fournie de la première exception, peut s'appliquer de même à la seconde.

« *In causa depositi, compensationi locus non est,* » disait Paul. (Sentent., § 11-13.)

Pothier, qui cite ce texte, ajoute :

«.... Qu'il doit être entendu principalement d'un dépôt irrégulier, tel que celui, dont il est parlé dans les lois 24, 25, § 1 et 26, § 1, ff. *Depositi,* par lequel on donne en garde à quelqu'un une somme d'argent pour la mêler avec d'autres sommes, qui sont déposées par d'autres personnes, et rendre non les mêmes espèces, mais la même somme. Si le dépôt était un dépôt ordinaire, tel que celui d'un sac d'argent cacheté et étiqueté, il n'y aurait pas lieu à la compensation, non-seulement parce que c'est un dépôt, mais par la règle générale que les dettes de corps certains n'en sont pas susceptibles. » (N° 625.)

Cette distinction peut encore aujourd'hui expliquer notre texte :

S'agit-il d'un dépôt régulier ?

La compensation n'aura pas lieu, en vertu de la règle générale. (Comp. art. 1932.)

S'agit-il d'un dépôt irrégulier, comme celui des sommes, que l'on dépose chez les banquiers ?

La compensation n'aura pas lieu, en vertu de l'exception. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 578; Toullier, t. IV, n° 384 ; Duranton, t. XII, n° 448 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 233 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 244 *bis,* VII; Larombière, t. III, art. 1293, n° 3.)

593. — Mais, pourtant, le texte de l'article 1293, 2°, est bien général.

Est-ce qu'il ne s'applique pas, dans ses termes mêmes, à toute demande en restitution d'un dépôt ?

Notre réponse est que, si on veut l'entendre de cette manière, l'explication en devient très-difficile;

Aussi difficile que l'explication de l'exception, que la loi a faite pour la demande en restitution du prêt à usage, que nous allons entreprendre, et qui s'appliquera

également à la demande en restitution du dépôt, dans le cas où le dépôt a pour objet un corps certain.

594. — III. La demande en restitution du prêt à usage, tel est le troisième cas d'exception, que l'article 1293 décrète.

S'il ne s'agissait que de le justifier au point de vue moral, la tâche serait facile. L'emprunteur, en effet, qui, en alléguant qu'il est créancier du prêteur, refuse de lui restituer la chose prêtée, est encore plus défavorable que le dépositaire, qui refuse, pour le même motif, la restitution du dépôt; en effet, c'est le dépositaire, qui rend le service au déposant; tandis que c'est l'emprunteur, qui reçoit le service du prêteur! De l'un comme de l'autre, on a donc pu dire que *vouloir retenir la chose déposée ou prêtée, c'est faire un acte de spoliation.* (Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, t. XII, p. 385.)

Mais, au point de vue juridique, cette exception était-elle nécessaire?

C'est surtout en ce qui concerne la demande en restitution du prêt à usage, qu'il devient extrêmement difficile de répondre affirmativement!

En effet, aux termes de l'article 1875:

« Le prêt à usage ou commodat est un contrat, par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre, pour s'en servir, à la charge par l'emprunteur, de la rendre, après s'en être servi.

Et, aux termes de l'article 1877 :

« Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée. »

C'est-à-dire que l'emprunteur à usage est essentiellement débiteur d'un corps certain; et que, par conséquent, sa dette n'est pas compensable, d'après la règle générale de la compensation!

Et nous n'avons pas même ici la ressource, que nous avons trouvée par le second cas d'exception relatif à la demande en restitution d'un dépôt, de supposer un

dépôt irrégulier, dans lequel le dépositaire devient débiteur de choses fongibles (*supra*, nº 592).

Il n'y a pas, il ne saurait y avoir de commodat irrégulier de ce genre !

Car, du moment où l'emprunteur deviendrait propriétaire de la chose prêtée, nous aurions fatalement un prêt de consommation (art. 1892 et 1893).

Nous n'aurions plus un commodat!

Aussi, Pothier n'avait-il excepté que la demande en restitution du dépôt, sans rien dire de la demande en restitution du prêt à usage.

Et certainement, Pothier avait raison.

Pourquoi les rédacteurs de notre Code n'ont-ils pas imité, sur ce point, son silence?

Ils auraient épargné de grandes perplexités aux commentateurs.

Nous allons voir, en effet, combien d'efforts ont été faits pour expliquer cette troisième exception, et à quel point les interprétations, qui en ont été fournies, sont divergentes.

595. — Il en est une d'abord, qui ne trouve, dans le numéro 3 de l'article 1293, qu'une application pure et simple de la règle générale, que l'article 1291 a posée; savoir : que la compensation ne peut avoir lieu qu'entre deux dettes, qui ont pour objet des choses fongibles.

Toutes les autres interprétations lui paraissent divinatoires.

Mais alors ce n'est donc pas une exception, que le numéro 3 de l'article 1293 décrète?

Eh bien ! non, ce n'est, dit M. Colmet de Santerre, qu'*une répétition inutile de l'article* 1291 (t. V, nº 244 *bis*, VII; comp. Miller, *Encyclop. du Droit*, vº *Compensation*, nº 44).

596. — La même interprétation a été, en réalité, aussi présentée par d'autres jurisconsultes, d'après lesquels la disposition du numéro 2 de l'article 1293 correspon-

drait à la disposition de l'article 1885, dans le titre *du Prêt*.

Voici les termes de cet article :

« L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par com-
« pensation de ce que le prêteur lui doit » ;

Disposition, que Troplong explique ainsi :

« Par exemple, dit-il, je vous prête mon cheval, qui vaut 600 francs ; à l'expiration du temps convenu, vous ne me le rendez pas ; et je vous actionne en justice. Or, vous, à qui je dois 600 francs, pouvez-vous demander au juge de compenser le doit et l'avoir, et de vous laisser propriétaire du cheval? non ! commencez par rendre; sans quoi, vous me forceriez à vous faire une vente, malgré moi. Inutile d'ajouter que la compensation n'a lieu qu'entre créances liquides, et qu'on veut faire entrer un corps certain en balance avec une somme d'argent; le mot : compensation, n'est pas employé ici dans un sens rigoureux. » (*Du Prêt*, n° 129.)

Duranton, dans son *Traité des Contrats*, n° 978, avait fourni de l'article 1293-2°, une explication qui le rattachait également à l'article 1885; mais il ne l'a pas maintenue dans son *Cours de Droit français* (t. XII, n° 383).

Cette explication de Troplong est celle, que Pothier avait déjà donnée, dans son *Traité du Prêt à usage*.

Après avoir exprimé cette opinion, (controversée aujourd'hui, mais que nous croyons, pour notre part, toujours vraie), que l'emprunteur a le droit de rétention, afin de se faire rembourser des impenses qu'il a faites pour la conservation de la chose prêtée, l'excellent auteur ajoute :

« Il n'en est pas de même de ce que le prêteur me doit pour quelque autre cause que ce soit; je ne puis pas retenir pour ce qu'il me doit, la chose, qu'il m'a prêtée, ni me dispenser de la lui rendre aussitôt que je m'en suis servi à l'usage pour lequel il me l'a prêtée; c'est ce que

décident Dioclétien et Maximien : *Prætextu debiti, restitutio commodati non probabiliter recusatur.* »

« La raison en est que, suivant les principes, que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, n° 530, sur la matière de la compensation, on ne peut opposer de compensation contre la dette d'un corps certain, telle qu'est la dette de la restitution de la chose prêtée » (n° 44).

397. — Est-ce là ce que les rédacteurs du numéro 2 de l'article 1293 ont voulu dire ?

Mais alors à quoi bon cette disposition? et pourquoi l'auraient-ils édictée ?

Il est peu vraisemblable qu'ils aient formellement édicté une disposition comme *une exception*, si cette disposition n'avait été, à leurs propres yeux, qu'une application même de la *règle!*

Non ! telle n'a pas été leur pensée; et pour savoir, en effet, ce qu'ils ont entendu excepter, il faut supposer un cas, dans lequel ils auront pu croire que l'emprunteur, même à usage, se trouvait débiteur de choses fongibles.

Or, précisément, ils auront pu le croire ainsi, dans le cas où le prêt à usage a pour objet des choses fongibles, qui ont été livrées par le prêteur à l'emprunteur, seulement, comme on dit, *ad pompam et ostentationem ;* c'est, par exemple, un comptable, dont la caisse va être vérifiée, et qui se trouvant en déficit, emprunte pour la garnir, des pièces de monnaie, qu'il devra rendre, identiquement, *in ipso individuo*, au prêteur, qui en est demeuré propriétaire.

Telle est l'interprétation, qui a été présentée par Toullier (t. IV, n° 383), et que Duranton paraît finalement aussi adopter (t. XII, n° 383).

« L'erreur de cette prétendue explication se touche du doigt ! » s'écrie Marcadé.

« Du moment, en effet, que la chose doit être rendue dentiquement, elle est considérée, par les parties,

comme un corps certain; dès lors, même dans ce cas, c'est en vertu de la règle générale de la compensation, que la dette de l'emprunteur à usage n'est pas compensable; ce n'est pas en vertu d'une exception! » (Art. 1293, n° 111.)

L'objection nous paraît sans réplique.

Et c'est ce que la plupart des auteurs, en effet, reconnaissent.

La règle générale de la compensation aurait évidemment suffi même dans ce cas.

Mais n'est-il pas permis de supposer que les rédacteurs du Code ne l'ont pas jugé ainsi, et que, confondant la distinction des choses dites *fongibles* avec la distinction des choses dites de *consommation*, ils auront considéré que le prêt à usage, lorsqu'il avait pour objet des choses de consommation, avait pour objet des choses fongibles?

Cette confusion, les rédacteurs du Code l'ont certainement commise ailleurs! (Comp. art. 1892; et notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. I, n° 45.)

Or, il se pourrait bien qu'elle les eût induits à édicter, en matière de compensation, l'exception, qu'ils ont écrite dans le numéro 2 de l'article 1293.

Nous croyons que cette explication, sinon cette justification, de notre texte, serait, en effet, la plus vraisemblable. (Comp. Marcadé, *loc. supra cit.*; Desjardins, n° 122; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 234; Troplong, *du Prêt*, n° 130.)

598. — Un autre moyen enfin a été encore proposé, pour interpréter cet énigmatique numéro 2 de l'article 1293.

D'après cette interprétation, dont Delvincourt est le premier auteur, l'article 1293-2° n'est pas fait pour le cas, où la chose prêtée à usage (ou déposée), existe encore dans les mains de l'emprunteur (ou du dépositaire).

L'article est fait, au contraire, pour le cas où cette chose ayant été détruite ou détournée par la faute de l'emprunteur (ou du dépositaire), celui-ci se trouve ainsi, par son fait, dans l'impossibilité de la restituer :

1° Ce qu'il doit alors, en effet, ce n'est plus la chose, puisqu'elle a péri ; c'est la valeur de cette chose, et, s'il y a lieu, aussi des dommages-intérêts.

Or, cette dette d'argent serait compensable, d'après la règle, si le législateur ne l'en avait pas exceptée.

Et voilà précisément ce qu'il a fait, et ce qu'il devait faire, s'il voulait donner un sens utile à sa disposition.

Ainsi entendue, cette disposition est très-logique; elle apporte évidemment une exception à la règle générale de la compensation.

2° On ajoute qu'elle est aussi très-morale.

Comment! l'emprunteur à usage (ou le dépositaire), qui a gardé soigneusement et fidèlement la chose, ne pourrait pas opposer la compensation au prêteur (ou au déposant).

Et on voudrait que celui, au contraire, qui l'a fait périr par sa faute, ou qui s'en est approprié le prix peut-être, en la vendant à un tiers de bonne foi, pût se procurer, par ce fait déloyal et illicite, le bénéfice de la compensation !

Cela n'est pas possible; *nemo ex delicto suo debet consequi emolumentum!*

3° Une objection pourtant s'élève contre cette doctrine :

De deux choses l'une :

Ou la dette de la valeur de la chose et des dommages-intérêts, à la charge de l'emprunteur, qui s'est mis dans l'impossibilité de restituer la chose en nature, n'a pas encore été liquidée;

Ou elle a été liquidée.

Dans le premier cas, sans doute, la compensation n'est pas possible; mais ce n'est pas en vertu d'une exception, qui résulterait, pour ce cas, de l'article 1293; c'est en

vertu de la règle générale, qui résulte, pour tous les cas, de l'article 1291, d'après lequel la compensation n'a lieu que pour les dettes liquides;

Dans le second cas, la compensation, au contraire, est devenue possible; et elle doit, en effet, avoir lieu, parce que la condamnation judiciaire, qui a été prononcée contre l'emprunteur (ou le dépositaire), a produit une novation, par suite de laquelle il est désormais débiteur en vertu d'une cause nouvelle, *ex causa judicati !*

L'objection semble, en effet, pressante.

Mais les partisans de cette doctrine ne s'y sont pas rendus; et voici ce qu'ils répondent :

D'abord, cet argument déduit d'une prétendue novation judiciaire ne pourrait pas même être présenté, si les parties avaient d'avance, au moyen d'une clause pénale, déterminé conventionnellement le montant de la somme, qui serait due par l'emprunteur au prêteur (ou par le dépositaire au déposant), pour le cas où il se mettrait, par son fait, dans l'impossibilité de restituer la chose en nature. Dans ce cas donc, du moins, la dette, quoique liquide, ne serait pas compensable; car on ne pourrait invoquer aucune novation.

Ensuite, même dans le cas où c'est une condamnation judiciaire, qui a liquidé la dette de l'emprunteur (ou du dépositaire), les partisans de cette doctrine nient que cette condamnation produise une novation véritable, dont le résultat serait de changer absolument et de faire disparaître la cause primitive de la dette.

Est-ce qu'il aurait eu une condamnation, s'il n'y avait eu ni prêt à usage ni dépôt?

Non!

Donc, c'est bien le prêt à usage ou le dépôt, qui est toujours la cause de la dette, au payement de laquelle l'emprunteur ou le dépositaire a été condamné judiciairement.

Donc, il n'y a pas lieu, même dans ce cas, à la com-

pensation, en vertu de l'article 1293-2°. (Comp. Delvincourt, t. II, p. 578; Mourlon, qui cite aussi, en ce sens, M. Valette, *Répét. écrit*, t. II, n° 1450.)

599. — Cette doctrine, pourtant, ne nous paraît pas juridique.

Et notre avis est, au contraire, que la dette de l'emprunteur à usage (ou du dépositaire), devient compensable, lorsque l'impossibilité, où il s'est mis de restituer en nature la chose empruntée (ou déposée) a été contradictoirement constatée entre lui et le prêteur (ou le déposant) :

1° Le texte même de la loi nous paraît d'abord commander cette solution.

Pour quel cas, en effet, l'article 1293-2° dispose-t-il que la dette de l'emprunteur à usage ou du dépositaire n'est pas compensable?

C'est pour le cas où il s'agit *de la demande en restitution d'un dépôt ou du prêt à usage;* c'est-à-dire précisément pour le cas où la chose déposée ou prêtée existe encore!

« *La restitution identique ne peut être refusée*, » disait le tribun Jaubert, pour expliquer cette exception. (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 486.)

Or, une fois que l'impossibilité où le dépositaire et l'emprunteur s'est mis, de restituer la chose en nature, a été constatée contradictoirement, la dette du dépositaire et de l'emprunteur n'a plus désormais pour objet cette chose; elle n'a plus pour objet que la somme, à laquelle ont été fixés la valeur de cette chose et les dommages-intérêts; la valeur, disons-nous, à laquelle ils ont été fixés, soit d'abord conventionnellement par une clause pénale, soit ensuite judiciairement par une condamnation.

Il est clair, en effet, que, après cela, le déposant ou l'emprunteur ne peut plus former *une demande en restitution d'un dépôt ou du prêt à usage*.

Donc, dans ce cas, les parties se trouvent en dehors

du texte de la loi, qui a édicté cette exception à la règle de la compensation.

2° Ce n'est pas d'ailleurs seulement le texte, c'est aussi le motif, sur lequel ce texte est fondé, qui fait ici défaut.

Que l'on remarque bien, en effet, ce que nous supposons ; à savoir :

Que l'impossibilité, où se trouve, par son fait, le dépositaire ou l'emprunteur de restituer la chose, a été constatée contradictoirement entre lui et le déposant ou le prêteur, et que la somme, dont l'emprunteur ou le dépositaire est devenu débiteur, pour le prix de cette chose et les dommages-intérêts, a été liquidée.

Tant que cette impossibilité n'a pas été constatée contradictoirement, nous maintenons nous-même que la dette du dépositaire ou de l'emprunteur n'est pas compensable, même après qu'il a disposé de la chose, pour s'en approprier le prix.

Pourquoi?

On répond généralement parce que la dette du dépositaire ou de l'emprunteur n'est pas encore liquide.

Cela est vrai!

Mais cet argument, que nous produisons aussi, n'est pas, suivant nous, le plus juridique dans cette controverse. Ne peut-on pas objecter même qu'il n'aurait pas de portée, dans le cas où une clause pénale aurait d'avance tarifé, à forfait, la responsabilité du dépositaire ou de l'emprunteur.

L'argument donc, qui nous touche le plus, le voici :

C'est que, tant que l'impossibilité où s'est mis le dépositaire ou l'emprunteur de restituer en nature la chose déposée ou prêtée, n'a pas été constatée contradictoirement *inter partes*, le déposant ou le prêteur peut toujours former *une demande en restitution du dépôt ou du prêt à usage*. Il peut toujours dire : *rendez-moi ma chose!* et c'est seulement alors que l'impossibilité de la

rendre devient certaine en droit, fût-elle déjà notoire, en fait, depuis longtemps!

Donc, jusques à ce moment, en effet, les parties se trouvent dans le texte même de l'article 1293-2° (comp. notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. I, n° 366).

C'est là aussi notre réponse à l'argument, que les partisans de la doctrine contraire déduisent des dangers et même, disent-ils, de l'immoralité de la doctrine, que nous proposons.

Comment, s'écrient-ils, le dépositaire ou l'emprunteur à usage, qui auront fidèlement gardé la chose déposée ou prêtée, ne pourront pas opposer la compensation!

Et le dépositaire ou l'emprunteur, qui l'aura vendue déloyalement à un tiers, pourra opposer en compensation la dette du prix de cette vente, dont il est tenu envers le déposant et le prêteur!

Notre réponse est bien simple.

Non! il ne pourra pas l'opposer de suite en compensation; il y aura lieu d'abord à un débat contradictoire pour reconnaître et apprécier le fait par lui commis.

Et si ce fait offre les caractères de déloyauté que l'on signale, s'il constitue un calcul malhonnête et illicite, dans le but de se procurer, à lui, le dépositaire ou l'emprunteur à usage, le bénéfice de la compensation, le déposant ou l'emprunteur pourront conclure contre lui, à des dommages-intérêts assez considérables pour réprimer un tel abus exemplairement!

Voilà le remède!

3° Mais une fois le remède appliqué, et lorsque le dépositaire ou l'emprunteur ont été condamnés au payement d'une somme liquide et exigible, pour la valeur de la chose et les dommages-intérêts, dont ils étaient tenus, nous n'apercevons pas pourquoi cette dette ne serait pas compensable :

D'une part, en effet, elle se trouve dans la règle, puis-

qu'elle réunit toutes les conditions requises pour la compensation;

Et, d'autre part, elle ne se trouve pas dans l'exception :

Ni dans son texte, puisqu'il ne s'agit plus *de la demande en restitution d'un dépôt ou du prêt à usage;*

Ni dans son motif, puisque le dépositaire ou l'emprunteur a satisfait, dans ses rapports civils avec le déposant ou le prêteur, à toutes les réparations pécuniaires, que la violation, qu'il a commise, du contrat, devait entraîner à sa charge! (Comp. Pothier, *du Prêt à usage*, n° 44; Toullier, t. IV, n° 383; Duranton, t. XII, n° 449; Marcadé, art. 1293; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 232-233; Troplong, *du Prêt*, n° 132; D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 2724; Colmet de Santerre, t. V, n° 244 *bis*, V; Larombière, art. 1293, n° 3.)

600. — IV. La quatrième exception, que l'article 1293 décrète, est d'une explication bien plus facile que les trois autres.

Elle s'applique *à une dette, qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.*

Ce qui suppose, en effet, une dette, qui a pour objet des choses fongibles, soit de l'argent, soit des denrées.

Elle serait donc compensable, d'après l'article 1291.

Et c'est d'après l'article 1293, qu'elle ne l'est pas.

Mais pourquoi ne l'est-elle pas?

On peut répondre d'abord que le motif en est dans la faveur de sa cause, à l'encontre des trois exceptions précédentes, que la défaveur de la cause, d'où elles procèdent, rend, au contraire, incompensables.

Une dette d'aliments! quoi de plus intéressant et de plus favorable.

« Ce serait, disait Pothier, une espèce d'homicide, que commettrait celui, qui est chargé de les fournir, s'il les refusait, sous quelque prétexte que ce soit, même de compensation » (n° 625).

Mais, outre ce motif, il y en a un autre plus positif, c'est que les principes même de la compensation commandent cette exception.

La compensation, en effet, est un payement forcé, par lequel le créancier retient en payement de ce que le débiteur lui doit, la chose qu'il lui doit lui-même de son côté ; c'est une sorte de saisie-arrêt.

Et, par conséquent, elle ne peut s'appliquer qu'aux choses, que le créancier pourrait faire saisir, et sur lesquelles il pourrait être payé réellement ; qu'aux choses, enfin, qui forment le gage de la créance ;

Or, les choses, qui sont insaisissables dans le patrimoine du débiteur, ne peuvent pas servir à payer réellement ses créanciers ;

Donc, elles ne peuvent pas davantage servir à les payer fictivement, au moyen de la compensation. (Comp. Pothier, n° 625 ; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 384.)

Cette explication du n° 3 de l'article 1293, qui nous paraît être la vraie, va tout naturellement déterminer l'étendue de l'exception, qu'il décrète, jusqu'où elle va et elle s'arrête.

601. — D'après notre texte, l'exception ne s'appliquerait qu'à *une dette d'aliments déclarés insaisissables*.

Mais il faut le généraliser et l'étendre à toute dette, qui a pour cause des *aliments insaisissables ;*

C'est-à-dire, d'après l'article 581 du Code de Procédure, qui rectifie, sur ce point, l'article 1293 du Code Napoléon, *soit aux provisions alimentaires adjugées par justice, soit aux sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables.*

Il faut même aussi l'étendre aux autres dettes, quel qu'en soit l'objet, dès que cet objet est insaisissable ! (Comp. Colmar, 17 janv. 1835, Dev., 1835-II, 246 ;

Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, nos 209 et suiv.; Larombière, t. III, art. 1293, n° 8.)

602. — Cette exception va, disons-nous, jusque-là; mais point au delà!

En conséquence, elle cesse, comme l'effet cesse avec sa cause, dans les cas où la saisie des aliments, qui forment l'objet de la dette, se trouve elle-même exceptionnellement permise.

L'obstacle légal, qui s'opposait à la compensation, c'est-à-dire la prohibition de saisir, ayant disparu, la compensation est alors possible.

st ce qui arrive, en effet, dans les cas prévus par l'article 582 du Code de procédure (comp. 17 mai 1831, Dev., 1831, I, 209; Delvincourt, t. II, p. 579; Toullier, t. IV, n° 386; Duranton, t. XII, n° 453; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 234; Larombière, t. III, art. 1293, n° 8.)

603. — V. Enfin, nous avons ajouté que la compensation n'a pas lieu non plus, par exception, lorsque les parties ou l'une d'elles y ont renoncé (*supra*, n° 587).

Mais est-ce donc qu'elles peuvent y renoncer?

Peut-être, semble-t-il qu'il y aurait lieu d'abord de résoudre cette question.

L'article 1290, en effet, dispose, en termes énergiques, que la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des parties.

N'en faut-il pas conclure qu'elle s'opère, en conséquence, aussi malgré elles?

Un passage de Pothier paraîtrait également présenter la compensation comme l'effet nécessaire de la coexistence simultanée des deux dettes.

« Personne, dit-il, ne pouvant être véritablement mon créancier que sous la déduction de ce qu'il me doit, ni véritablement mon débiteur que sous la déduction de ce que je lui dois » (n° 630).

Telle est, en effet, la thèse, que M. Miller enseigne avec

une grande fermeté de conviction. (*Encyclopédie du Droit*, v° *Compensation*, n°s 82-85.)

Cette thèse, toutefois, ne nous paraît pas admissible.

La compensation, comme nous l'avons vu, a été introduite dans l'intérêt privé des parties, par une interprétation, que le législateur a faite de leur intention commune. (*Supra*, n° 477.)

La base en fait donc défaut, lorsque les parties elles-mêmes ont exprimé une intention contraire.

Qu'est-ce, après tout, que la compensation?

Un certain mode de payement, une certaine manière d'éteindre les dettes ;

Or, la manière d'éteindre une dette, entre particuliers, ne concerne que leur intérêt privé; c'est un sujet, qui n'intéresse pas l'ordre public;

Donc, les parties peuvent faire, à cet égard, telle convention particulière, que bon leur semble. (Art. 6.)

Le texte même des articles 1295 et 1299 ne nous paraît laisser, sur ce point, aucun doute.

604. — Que le débiteur puisse renoncer à la compensation, *après* qu'elle s'est opérée, c'est, en effet, ce qui est généralement admis, malgré le dissentiment de M. Miller (*loc. supra cit.*, n° 603).

Mais *avant?*

Non pas! répond Toullier;

« Il ne peut y renoncer d'avance, et avant que le droit en soit acquis. C'est ainsi qu'on ne peut d'avance renoncer à la prescription, quoiqu'on puisse renoncer à une prescription acquise, d'après l'article 2220. » (T. IV, n° 393.)

Mais cette doctrine du savant auteur n'a pas trouvé de partisans.

Nous pourrions remarquer d'abord qu'aucun texte ne défend de renoncer d'avance à la compensation, comme l'article 2220 défend de renoncer d'avance à la prescription.

Nous reconnaissons, toutefois, qu'un texte spécial ne serait pas nécessaire, si cette renonciation, en soi, était contraire à l'ordre public. (Art. 6; comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois en général*, n° 19.)

Mais c'est là précisément ce qu'il est impossible d'admettre ; car les arguments mêmes, par lesquels nous venons de démontrer qu'il est permis de renoncer à la compensation *après*, démontrent, suivant nous, aussi irrésistiblement, qu'il est également permis d'y renoncer *avant*.

Cette renonciation *in futurum*, par anticipation, sera, sans doute, en fait, la plus rare. Mais il peut certainement arriver qu'elle se présente, comme dans le cas où le capital de l'une des dettes serait destiné à faire les fonds d'une rente annuelle au profit d'un tiers.

Et, dans ce cas, en effet, il faudrait décider que la renonciation à la compensation serait valablement faite d'avance. (Comp. Bordeaux, 7 mars 1831 ; Dev., 1831, II, 250 ; Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.;* Delvincourt, t. II, p. 792-793; Duranton, t. XII, n° 385; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 238; Larombière, t. III, art. 1295, n° 1 ; Desjardins, p. 452.)

605. — Ajoutons même cette observation, à l'avantage de la renonciation, qui est faite *avant*, sur la renonciation qui est faite *après :*

C'est que la première, étant l'une des clauses constitutives de la convention elle-même, en forme une partie intégrante ; de sorte que, à la différence de la seconde, elle est opposable aux tiers, qui ne pourraient, en effet, diviser cette convention, s'ils l'invoquaient. (Comp. Desjardins, *loc. supra cit.*)

606. — Chacune des parties peut renoncer séparément à la compensation, qui s'est opérée en sa faveur.

De même que la renonciation peut être réciproque et résulter de leur mutuel consentement;

Avec cette différence, bien entendu, entre les deux

cas, que, dans le premier, la renonciation unilatérale ne produit d'effet qu'à l'égard de la partie, de qui elle émane; et que, dans le second, la renonciation bilatérale produit ses effets à l'égard des deux parties également.

607. — Cette renonciation peut être expresse ou tacite.

Elle est expresse, quand elle résulte d'une manifestation de volonté *ad hoc*.

Il faut qu'elle soit, en effet, non équivoque et certaine.

Dans le doute, elle ne se présume pas plus que toute autre renonciation à un droit.

Elle n'est d'ailleurs assujettie à aucune forme spéciale.

Elle peut donc être faite soit verbalement, soit par un acte écrit, authentique ou sous signature privée.

« Et il en est ainsi, dit Mourlon, même au cas où elle est destinée à faire revivre, en même temps que la créance, à laquelle elles étaient attachées, les hypothèques, que la compensation avait éteintes; l'article 2127, portant que l'hypothèque ne peut être consentie qu'en la forme authentique, devant notaire, n'a, en effet, trait qu'aux actes, qui la créent. » (*Répét. écrit*, t. II, n° 1453.)

Nous le croyons de même.

En supposant, bien entendu, que cette conservation des hypothèques de l'ancienne créance est possible, c'est-à-dire qu'elle ne porte aucune atteinte aux droits, qui seraient acquis à des créanciers hypothécaires postérieurs ou à des tiers détenteurs.

608. — La renonciation est tacite, lorsque les parties, ou l'une d'elles, font un acte, qui est incompatible avec les effets de la compensation. (Comp. Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 2773.)

Il est bien clair alors qu'elles y renoncent.

Mais il faut aussi que cette incompatibilité existe certainement; car c'est surtout de la renonciation tacite, que nous devons dire que, dans le doute, elle ne se présume pas.

Pierre était tenu, envers Paul, d'une dette de 15 000 fr.

Et Paul était tenu, envers Pierre, d'une dette de 10 000 fr.

Dans cette situation, Pierre a payé à Paul 5000 fr.

Peut-il ensuite lui opposer, en compensation des 10 000 fr. qu'il lui doit encore, les 10 000, qui lui sont dus par Paul?

Assurément oui!

Car il n'y a aucun motif d'induire du payement d'une partie seulement de la dette la renonciation à la compensation pour la totalité de cette dette.

De ce que la renonciation ne se présume pas, il faut donc conclure qu'elle doit être limitée à l'effet déterminé, auquel elle s'applique.

En conséquence, le payement partiel ne prive pas le débiteur, qui l'a fait, du droit d'invoquer l'extinction du surplus de sa dette par la compensation. (Comp. Cass., 17 juill. 1832, Dev., 1833, I, 76; Cass., 24 déc. 1834, Dev., 1835, I, 141; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 238; Desjardins, p. 444.)

609. — Voilà comment aussi nous avons remarqué déjà que celui, qui reçoit, sans faire de réserves, la signification du transport d'une créance, dont il avait été débiteur, ne renonce nullement, par son silence, au droit, qui lui appartient, d'opposer au cessionnaire la compensation, qui s'était opérée entre le cédant et lui, antérieurement à cette signification. (Comp. *supra*, n° 576.)

610. — « Le créancier, par cela seul qu'il demande payement, dit M. Larombière, n'est point censé renoncer au droit d'opposer la compensation. » (T. III, art. 1295, n° 2.)

Tel est également notre avis; car il n'y a point encore là un acte consommé, d'où l'on soit fondé à induire une conséquence accomplie et irréparable! (Comp. art. 1261-1263.)

611. — Mais voici que les parties conviennent que

les deux dettes, qui sont actuellement exigibles, ne pourront être exigées ni l'une ni l'autre; ou même seulement que l'une d'elles ne pourra être exigée qu'après l'expiration d'un nouveau terme.

Ce nouveau terme, qui rend la dette ou les dettes inexigibles, les rend, par cela même, incompensables.

Et il emporte, en conséquence, renonciation à la compensation.

612. — C'est surtout du payement, que l'un des débiteurs fait de sa dette, que peut résulter, le plus souvent, la renonciation à la compensation.

Aussi, les rédacteurs de notre Code ont-ils, en effet, prévu ce mode de renonciation tacite dans un texte spécial.

L'article 1299 est ainsi conçu :

« Celui, qui a payé une dette, qui était, de droit,
« éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant
« la créance, dont il n'a point opposé la compensation,
« se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou
« hypothèques, qui y étaient attachés, à moins qu'il
« n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance, qui devait
« compenser sa dette. »

Deux cas sont, comme on voit, réglés par ce texte :

A. D'abord, le cas où celui des débiteurs, qui a payé, n'ignorait pas, ou, (ce qui revient au même, dans la pensée de la loi), n'avait pas une juste cause d'ignorer la compensation, qui s'était opérée;

B. Ensuite, le cas où il avait, au contraire, une juste cause d'ignorer cette compensation.

Examinons-les successivement.

613. — A. Le premier cas a été très-nettement présenté par le tribun Jaubert, dans l'*Exposé des motifs*, en ces termes :

« Je suis créancier de Paul; et ma créance emporte hypothèque et privilége.

« Je deviens débiteur de Paul.

« Paul me demande ce que je lui dois; je néglige de lui opposer la compensation ; je lui paye ma dette.

« Je veux ensuite recouvrer ce qui m'est dû; et je me trouve en concours avec d'autres créanciers de Pierre.

« Pourrais-je me prévaloir, contre eux, du privilége et de l'hypothèque, qui avaient été attachés à ma créance?

« Je ne le pourrai pas; je ne dois pas le pouvoir; je n'ai pas usé de la compensation; j'ai sans doute pu y renoncer en faveur de Pierre; mais je n'ai pu y renoncer au préjudice des droits des tiers. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 487-488.)

Deux points sont ici à préciser :

1° Quel est, à l'égard des tiers, l'effet de ce payement, par lequel celui des débiteurs, qui l'a fait, a renoncé à la compensation?

2° Quel en est l'effet, entre les parties?

Déjà nous avons abordé cette thèse (*supra*, nos 578 et suiv.).

Le moment est venu de la compléter.

614. — 1° A l'égard des tiers, le texte est formel!

Et l'*Exposé des motifs* aussi, comme on vient de le voir.

A leur égard donc, la compensation qui, en s'opérant, avait éteint la créance avec tous ses accessoires, demeure irrévocable!

« Il n'a pas dû être en mon pouvoir, disait aussi Pothier, en vous payant volontairement une dette, qui était éteinte par la compensation de cette dette avec la créance, que j'avais acquise contre vous, de ressusciter ma créance et les hypothèques, qui y étaient attachées, au préjudice des créanciers, qui me suivaient, et du droit de priorité en hypothèque, qui leur avait été acquis par la compensation, qui avait éteint nos créances respectives » (n° 639).

615. — Quoique l'article 1299 ne mentionne que les priviléges et les hypothèques, il est évident que la dispo-

sition, qu'il édicte, est également applicable aux cautionnements, qui garantissaient la dette éteinte par compensation.

Pothier, dans l'exemple qu'il proposait, et le tribun Jaubert, de même, n'avaient cité que les priviléges et les hypothèques.

Et c'est là sans doute ce qui explique la rédaction démonstrative de notre texte.

Mais cette rédaction n'est, en effet, que démonstrative.

Le principe essentiel, sur lequel elle est fondée, à savoir : que cette renonciation à la compensation opérée, ne peut pas porter atteinte aux droits acquis à des tiers, s'applique, en effet, à la caution tout aussi bien qu'au privilége et à l'hypothèque. (Comp. art. 1261-1262; Duranton, t. XII, n° 457; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 238; Desjardins, n° 129; Colmet de Santerre, t. V, n° 241, III.)

616. — 2° Mais, entre les parties, entre celui des débiteurs, qui a fait le payement, et celui des débiteurs qui l'a reçu, quel en est l'effet?

Car enfin, puisqu'il a payé ce qu'il devait, sans recevoir ce qui lui était dû, il a encore une créance; il a une action!

Mais quelle est cette créance?

Quelle est cette action?

La question est importante et très-controversée.

Trois opinions sont en présence :

A. D'après la première, celui qui a fait le payement, a une créance nouvelle, qui est née précisément du payement qu'il a fait, n'étant pas débiteur; il a donc l'action en répétition de l'indu, la *condictio indebiti;* mais il n'a plus son ancienne créance.

B. D'après la seconde opinion, il a encore son ancienne créance; mais il n'a pas une nouvelle créance, la *condictio indebiti*.

C. Enfin, d'après la troisième opinion, il a tout à la fois

son ancienne créance, et la nouvelle créance, qui est née à son profit, du payement de l'indu ; et il peut exercer, à son choix, l'une ou l'autre.

617. — Cette question est, en effet, importante !

Grande est la différence des résultats de ces diverses solutions.

Si l'on décide que le *solvens* peut encore exercer contre l'*accipiens*, son ancienne créance ;

Il l'exercera, telle qu'elle était avant la compensation, d'après sa nature et son titre.

Et en voici les conséquences :

Était-elle commerciale? il pourra la porter devant le tribunal de commerce.

Était-elle (autrefois) de nature à emporter la contrainte par corps? elle restera munie de cette voie rigoureuse d'exécution.

Le titre était-il exécutoire? il continuera d'être exécutoire.

Renfermait-il une élection de domicile? l'élection de domicile sera maintenue.

La créance, enfin, était-elle productive d'intérêts? les intérêts continueront de courir.

Toutes conséquences très-favorables, certes, à celui des débiteurs qui a payé !

Mais toutes conséquences, qui vont disparaître, si l'on décide que son ancienne créance est irréparablement éteinte, et qu'il n'a plus qu'une créance nouvelle en répétition du payement de l'indu, créance désormais pure et simple.

Eh bien ! donc, laquelle de ces trois solutions est la meilleure?

618. — *a.* Celui des débiteurs qui a payé, n'a plus son ancienne créance, s'écrient les partisans de la première opinion.

Comment pourrait-il l'avoir, puisque, aux termes de l'article 1290, elle s'est éteinte de plein droit, à l'instant où les deux dettes ont coexisté !

Or, si la dette n'existait plus, au moment du payement, il a payé indûment.

« C'était la doctrine de Pothier, dit M. Colmet de Santerre ; et l'article 1299, dont la décision est en parfaite harmonie avec ces principes, ne la contredit même pas dans les termes, quelle que soit d'ailleurs son apparence. Il dit, en effet, que celui, qui a payé, ne peut, *en exerçant la créance,* dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés. Ce qui ne signifie pas qu'il exerce la créance, mais *qu'il ne peut exercer la créance et se prévaloir des hypothèques, sous le prétexte qu'il exerce la créance.* » (T. V, n° 251 *bis*, I; comp. Marcadé, art. 1299.)

619. — *b.* La seconde opinion, extrême à son tour, en sens inverse, refuse à celui qui a payé, la *condictio indebiti*, pour ne lui accorder que son ancienne créance.

Il faut bien, dit-elle, lui laisser cette créance ; car s'il ne l'avait plus, il n'en aurait aucune ! et il se verrait privé de toute action pour recouvrer ce qui lui est dû.

Lui accorder en effet la répétition de l'indu, à lui, qui a payé en connaissance de cause, cela est bien impossible !

C'est au cas de payement fait par erreur, et à ce cas seulement, que s'applique la loi 10, § 1, au Digeste : « *Si quis igitur, compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.* »

Et, de même, d'après l'article 1377, il est évident, disent MM. Aubry et Rau, que si le payement a eu lieu, non point par erreur, mais en connaissance de cause, il ne donne pas ouverture à la *condictio indebiti* (t. IV, p. 238-239).

620. — *c.* Reste la troisième opinion, d'après laquelle celui des débiteurs, qui a payé, peut exercer, à son choix, son ancienne créance ou la nouvelle créance, qui est née, à son profit, du payement de l'indu.

Et c'est celle-ci, en effet, que nous croyons, pour notre part, la meilleure.

Ne pourrait-on pas faire, néanmoins, cette objection.

De deux choses l'une :

Ou la compensation, qui s'est opérée, est considérée comme maintenue; et alors, celui qui a payé, ne peut pas exercer son ancienne créance, qui est éteinte; il ne peut avoir que la *condictio indebiti;*

Ou, la compensation est considérée comme non avenue; et alors, il ne peut pas avoir la *condictio indebiti*, puisqu'il a payé une dette existante; il ne peut exercer que son ancienne créance.

C'est donc seulement l'une *ou* l'autre, qu'il peut avoir ;

Ce ne peut pas être l'une *et* l'autre.

Nous pensons, toutefois, qu'il est possible de répondre.

Régulièrement, les deux dettes étaient éteintes par la compensation ; et, dans la vérité juridique du fait, celui des ex-débiteurs, qui a payé, a payé l'*indebitum ;* il a donc droit à la répétition de l'indu.

Les dissidents, pour la lui refuser dans ce cas, se fondent sur l'article 1376, qui refuse, disent-ils, l'action en répétition de l'indu, à celui qui a payé sciemment ce qu'il ne devait pas.

Mais cette interprétation est-elle exacte? ne confond-elle pas l'hypothèse, qui est réglée par l'article 1376, avec l'hypothèse, qui est réglée par l'article 1377?

Nous le croyons ainsi, et que le premier de ces textes n'exige pas comme condition de l'action en répétition de l'indu, que celui, qui a payé, fût dans l'erreur.

M. Colmet de Santerre ajoute encore une observation, à laquelle nous adhérons, à savoir : que, dans notre hypothèse, mieux encore que dans toute autre, il est facile de justifier cette solution; car, on n'est pas même séduit par cette raison que celui qui paye sciemment l'indu, a voulu faire une donation. Son payement

s'explique ici sans cette supposition si souvent contraire à la vérité. Il était débiteur, et en même temps créancier; en cette dernière qualité, il avait un placement, qui lui convenait; et, puisqu'il avait des fonds à sa disposition, il aimait mieux ne pas se prévaloir de la compensation et payer sa dette pour conserver son placement, plutôt que d'être obligé de chercher un autre emploi de ses fonds disponibles. (T. V, n° 251 *bis*, IV.)

Nous reviendrons, du reste, sur cette controverse, qui serait, à cette place, un hors-d'œuvre.

En admettant donc que celui des débiteurs, qui a payé, ait l'action en répétition du payement de l'indu, nous ajoutons qu'il aurait en outre, à son choix, l'action résultant de son ancienne créance.

C'est ce qui nous paraît résulter du texte même de l'article 1299, contrairement à l'interprétation, que notre savant collègue en présente.

L'article, en effet, ne dit pas, suivant nous, que celui des débiteurs, qui a payé, ne peut pas exercer son ancienne créance, ni se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques, qui y étaient attachés !

Il dit qu'il ne peut pas, *en exerçant son ancienne créance*, s'en prévaloir, à leur préjudice.

Or, il nous semble qu'une rédaction ainsi conçue, implique, au contraire, que, sous cette réserve, il peut exercer son ancienne créance.

Mais ce bénéfice spécial, que l'article 1299 lui accorde, ne doit pas le priver du bénéfice du droit commun, qui accorde la *condictio indebiti* à celui qui a payé ce qu'il ne devait pas (comp. Lair, p. 258; Larombière, t. III, art. 1295, n° 3).

621. — B. Le second cas, que l'article 1299 a prévu, est celui où l'un des débiteurs a payé, ayant une juste cause d'ignorer la compensation (*supra*, n° 612).

C'est une exception à la règle, qui vient d'être posée par la première partie de notre texte.

Dans ce cas, en effet, la loi accorde au *solvens* une sorte de *restitutio in integrum* contre le payement, qu'il a fait; et elle lui permet d'exercer son ancienne créance avec les priviléges et les hypothèques, qui la garantissaient.

De sorte que cette restitution a lieu :

Non-seulement entre les parties;

Mais aussi à l'égard des tiers, créanciers hypothécaires ou tiers détenteurs.

Delvincourt enseigne, il est vrai, la solution contraire, et que, même dans ce second cas, les priviléges et les hypothèques, qui étaient attachés à l'ancienne créance, demeurent irrévocablement éteints. (T. II, p. 792.)

Mais le texte même de l'article 1299 proteste contre cette interprétation.

Et Pothier, à qui les rédacteurs de notre Code l'ont emprunté, déclare, en effet, dans les termes les plus explicites, que les garanties accessoires de l'ancienne créance sont maintenues, dans ce cas, même à l'encontre des tiers.

« La raison est, dit-il, que la compensation étant une fiction de la loi, qui feint que les parties se sont respectivement payées aussitôt qu'elles sont devenues créancières et débitrices tout à la fois l'une de l'autre; cette fiction, qui a été établie en faveur des parties entre lesquelles la compensation se fait, ne doit avoir lieu qu'autant qu'elle ne leur serait pas préjudiciable et qu'elle ne les induirait pas en erreur; un bienfait de la loi ne devant jamais être préjudiciable à ceux auxquels la loi l'accorde : « *beneficium legis non debet esse captiosum.* » (N° 630.)

622. — Aussi, faut-il, suivant nous, décider également que les cautions, qui ont garanti l'ancienne créance, demeurent elles-mêmes obligées.

C'est, en effet, par la même raison, qu'elles se trouvent déliées, dans le premier cas, qui est prévu par l'article 1299 et qui forme la règle, qu'elles continuent, au contraire, d'être liées dans le second cas, qui forme l'exception;

L'article tout entier leur étant applicable. (Comp. *supra*, n° 615; Colmet de Santerre, t. V, n° 251 *bis*, III.)

623. — Celui des débiteurs, qui a payé, ayant une juste cause d'ignorer la compensation, aura-t-il, outre l'action, qui résulte de son ancienne créance, l'action en répétition de l'indu?

Comment pourrions-nous la lui refuser, à lui, qui avait une juste cause d'ignorer la compensation, après l'avoir accordée à celui qui a payé sciemment!

Nous la lui accorderons donc aussi;

En remarquant que nous sommes, sur ce point, d'accord avec ceux des jurisconsultes, qui la refusaient tout à l'heure, à celui des débiteurs qui a payé, sans avoir une juste cause d'ignorer la compensation.

C'est donc, en effet, qu'il n'y a pas, de l'aveu même des dissidents, d'incompatibilité entre ces deux actions. (Comp. *supra*, n° 620, Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 239.)

624. — C'est, bien entendu, celui des débiteurs qui, après avoir payé, prétend qu'il avait une juste cause d'ignorer la compensation, qui doit en fournir la preuve.

Il est demandeur! il affirme!

Donc, il doit prouver. (L. 2, ff. *de Probat.*, art. 1315.)

Ajoutons qu'il veut sortir de la règle pour entrer dans l'exception.

Nouvel argument pour mettre la preuve à sa charge.

On a objecté que « l'ignorance constituant un fait négatif, dont la preuve directe et absolue est impossible, il suffit que celui, qui s'en prévaut, justifie d'une cause

probable d'ignorance. » (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 239.)

Mais, d'abord, c'est, à notre avis, une règle trop absolue, que celle qui pose, en principe, que la preuve d'un fait négatif est impossible; cette preuve, en effet, devient très-possible, lorsqu'elle se transforme, comme il arrive souvent, en la preuve d'un fait affirmatif contraire. (Comp. Bonnier, *Traité des Preuves*, t. I, p. 40.)

Et puis, est-ce que la preuve d'une juste cause d'ignorance n'implique pas nécessairement la preuve de cette ignorance même?

Évidemment oui!

Aussi, ne croyons-nous pas que Toullier ait eu raison de dire qu'il y a ici deux faits à prouver :

1° L'ignorance du *solvens;*

2° La juste cause de cette ignorance. (T. IV, n° 391.)

Le débiteur, qui a payé, vient dire :

Au moment même où je payais, je venais de succéder à un parent, créancier de mon créancier; mais je n'avais pas pu encore, même matériellement, être informé de sa mort, à cause de la distance et de la difficulté des communications.

Cette preuve certainement est possible.

En fait, les tribunaux apprécieront. (Comp. Duvergier sur Toullier, *loc. supra cit.*; Larombière, t. III, art. 1299, n° 7.)

625. — C. La disposition de l'art. 1299 ne se rapporte qu'au débiteur, qui a fait le payement, au *solvens;* et c'est à lui seulement que s'applique la distinction qu'elle établit entre le cas où le payement a été fait dans la juste ignorance de la compensation, qui avait éteint les deux dettes, et le cas contraire.

Mais le législateur ne s'est pas occupé du débiteur, qui a reçu le payement, de l'*accipiens.*

Faut-il aussi, en ce qui le concerne, distinguer s'il l'a reçu sciemment ou par erreur?

A quoi bon? pourrait-on dire peut-être.

Voici un créancier, qui était, en même temps aussi, débiteur de son débiteur.

Et son débiteur l'a payé.

Eh bien! il a reçu le payement de ce qui lui était dû.

Qu'importe qu'il l'ait reçu par erreur? et que veut-il en conclure?

Veut-il que son ancienne créance lui soit rendue?

Mais cette créance, et l'action qu'elle produirait, ne pourraient que le conduire au même résultat, qui est déjà produit; c'est-à-dire à lui faire obtenir le payement; il ne rendrait donc que pour recevoir.

Cet aperçu, toutefois, ne serait pas toujours exact.

Supposons, en effet, que l'une des dettes produisait des intérêts; tandis que l'autre n'en produisait pas.

Paul doit 10 000 fr. à Pierre, avec intérêts.

Et Pierre doit 10 000 fr. à Paul, sans intérêts.

Les deux dettes sont liquides et exigibles; elles réunissent, en un mot, toutes les conditions requises pour la compensation.

La compensation donc s'opère!

Néanmoins, en cet état, Pierre paye à Paul les 10 000 francs, montant de sa dette.

Quel va être le résultat de ce payement, s'il anéantit, contre Paul, l'effet de la compensation opérée?

C'est que sa dette de 10 000 francs envers Pierre continuera d'exister et, par conséquent, de produire des intérêts!

Peut-il en être ainsi?

Oui, répondrons-nous, si Paul, en recevant le payement, que Pierre lui faisait, savait que la compensation s'était opérée;

Non, s'il avait une juste cause de l'ignorer.

Car, dans ce dernier cas, il est clair qu'il n'a pas renoncé à une compensation, dont il ne connaissait pas l'existence.

L'*accipiens* pourra donc, dans ce dernier cas, demander que les choses soient remises, entre son ancien débiteur et lui, dans l'état où elles étaient, avant le payement;

A la charge, bien entendu, de restituer au *solvens*, les valeurs, qui lui ont été remises par lui.

626. — La solution, qui précède, nous paraît incontestable, dans le cas où le débiteur, qui a payé, connaissait l'existence de la compensation ;

Tandis que, au contraire, le débiteur, qui a reçu, l'ignorait.

Il ne saurait, en effet, dépendre de l'une des parties de priver l'autre du droit, qui lui appartenait, de se prévaloir de la compensation opérée.

Elle a pu y renoncer pour elle; mais elle n'a pas pu y renoncer pour l'autre partie. (Comp. Paris, 10 mai 1826, Sirey, 1827, II, 126.)

627. — Mais en doit-il être encore ainsi, dans le cas où le *solvens* lui-même avait une juste cause d'ignorer la compensation, qui avait éteint les deux dettes ?

Nous le croyons.

Il n'y a eu, en effet, dans ce cas, de renonciation à la compensation, ni d'un côté, ni de l'autre; puisque chacune des parties en ignorait l'existence.

Le *solvens* pourra donc, de son côté, invoquer la disposition de l'article 1299, qui ne distingue pas, en ce qui le concerne, si l'*accipiens* connaissait ou s'il ignorait l'existence de la compensation.

Et, de son côté, l'*accipiens* pourra aussi, en raison de l'ignorance, où il était de la compensation, demander le rétablissement des choses dans l'état où elles étaient avant le payement, qu'il a reçu. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 238-239; Desjardins, p. 451.)

628. — Des développements, que nous venons de fournir, il résulte que les effets, qui avaient été produits par la compensation opérée, disparaissent, entre les par-

ties, lorsqu'elles y renoncent, et qu'elles sont remises, l'une envers l'autre, par cette renonciation, au même état que si la compensation n'avait pas eu lieu.

Il est, toutefois, un des effets de la compensation que la renonciation ne détruit pas : c'est l'interruption de la prescription.

« Il n'y a, dit justement M. Desjardins, aucune négligence à reprocher aux parties, pour le temps écoulé entre l'extinction des dettes et la renonciation, puisque chacune d'elles a dû croire sa créance et sa dette éteintes l'une par l'autre, d'une manière définitive. » (P. 446.)

La renonciation à la compensation, c'est la reconnaissance de la dette ! (Art. 2248.)

De sorte que cette renonciation elle-même marque le point de départ d'une prescription nouvelle, soit pour les deux dettes respectivement, soit pour celle des deux, qui subsiste encore. (Comp. Larombière, t. III, art. 1295, n° 4.)

VI.

LA COMPENSATION NE PEUT PAS S'OPÉRER AU PRÉJUDICE DES DROITS ACQUIS A DES TIERS.

SOMMAIRE.

629. — La compensation ne peut pas avoir lieu au préjudice des droits acquis à des tiers. — Disposition de l'article 1298. — Explication.
630. — Suite.
631. — Suite.
632. — Suite.
633. — Suite.
634. — La saisie-arrêt n'est pas le seul cas auquel s'applique la règle, que l'article 1298 a édictée. — De la cession de l'une des créances.
635. — De l'acquisition, par l'un des débiteurs, d'un immeuble grevé de dettes hypothécaires.
636. — De la faillite de l'un des débiteurs.
637. — De l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession de l'un des débiteurs.
638. — Suite.
639. — Suite.
640. — La doctrine, qui vient d'être appliquée à la succession bénéficiaire, serait également applicable à la succession vacante.
641. — Si l'obstacle à la compensation, qui résultait du droit acquis à

un tiers, disparaît, la compensation devient possible. — Et elle s'opérera du jour où le droit acquis au tiers a cessé d'exister.

629. — L'article 1298 est ainsi conçu :

« La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits « acquis à un tiers. Ainsi, celui, qui, étant débiteur, est « devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers « entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, « opposer la compensation. »

La disposition principale, qui est posée par la première partie de ce texte, dérive d'un principe essentiel de notre matière, que nous avons déjà plusieurs fois rappelé.

La compensation, avons-nous dit, repose sur la fiction d'un double payement; et, par conséquent, elle ne saurait être admise là où le payement lui-même ne serait pas possible ;

Or, il est certains cas, dans lesquels le débiteur ne peut pas payer son créancier, parce que des tiers ont acquis des droits sur les valeurs, qui forment l'objet de sa dette ;

Donc, la compensation ne peut pas avoir lieu dans ces mêmes cas; puisqu'elle préjudicierait aux droits des tiers, autant et même parfois plus que le payement.

De sorte que, dans ces cas, en effet, la dette n'est pas exigible; ce qui permet d'expliquer l'article 1298 par l'article 1291, et de dire que cette dette manque ainsi de l'une des conditions requises pour que la compensation puisse s'opérer. (Comp. *supra*, n° 536.)

630. — L'exemple, que notre texte fournit, de la règle, qu'il vient de poser, est celui d'une saisie-arrêt, formée entre les mains d'un débiteur, qui n'est devenu créancier de son créancier que depuis cette saisie.

Exemple tout à fait bien choisi !

Car il établit une corrélation très-exacte entre l'article 1242 et l'article 1298 ;

De manière que l'on aperçoit distinctement, dans ce même fait juridique, l'égale impossibilité du payement et de la compensation.

631. — Aussi, pensons-nous qu'il faut appliquer à la saisie-arrêt, en matière de compensation, la même doctrine, que nous y avons appliquée en matière de payement;

C'est-à-dire que la saisie-arrêt fait obstacle à la compensation, aussi bien qu'au payement, non-seulement jusqu'à concurrence des causes de la saisie, mais encore pour la totalité de la dette, lors même que le chiffre de la dette du saisi serait supérieur au chiffre de la dette du saisissant.

Paul doit à Pierre une somme de 10 000 fr.

Et Jacques, créancier de Pierre d'une somme de 5000 fr., forme, dans les mains de Paul, une saisie-arrêt.

Paul devient ensuite, depuis cette saisie-arrêt, créancier de Pierre d'une somme de 5000 fr.

La compensation peut-elle s'opérer?

Non! suivant nous;

Pas plus que Paul ne pourrait payer à Pierre les 5000 francs, qui excèdent les causes de la saisie-arrêt, qui a été formée, entre ses mains, par Jacques.

Nous avons fourni ailleurs sur cette thèse des développements étendus, auxquels il suffit de nous référer. (Comp. le tome IV de ce *Traité*, nos 202 et suiv.)

632. — Si, pourtant, dira-t-on, il ne survient pas finalement d'autres créanciers saisissants que Jacques, pourquoi donc Paul, le tiers-saisi, ne pourrait-il pas prétendre que la compensation s'est opérée, de plein droit, entre lui et Pierre, le saisi, jusqu'à concurrence des 5000 fr. qui excèdent les causes de cette saisie?

Pourquoi, puisque la compensation dans cette mesure, ne causerait aucun préjudice aux droits du seul saisissant, qui existe?

Nous avons déjà répondu.

C'est que la dette de Paul était devenue inexigible pour le tout, par l'effet de la saisie-arrêt.

Et si elle n'était plus exigible, elle n'était pas compensable.

Nous pouvons même ajouter qu'elle n'était pas non plus liquide, par l'effet de la saisie-arrêt. (Art. 1291.)

Quelle était, en effet, la quotité de la somme, que Paul, le tiers-saisi, aurait pu payer à Pierre, le saisi?

Nul ne pouvait le dire, puisque cette quotité dépendait, jusqu'au dernier moment, des saisies ou oppositions nouvelles, qui pouvaient survenir! (Comp. le tome IV de ce *Traité*, *loc. supra cit.*; Colmet de Santerre, t. V, n° 240 *bis*, II.)

633. — Mais, alors, Paul, le tiers-saisi, ne pourra donc pas se payer sur les valeurs, qui forment l'objet de sa dette, de ce que Pierre, son créancier, lui doit à lui-même?

Non! il ne pourra pas se payer sur ces valeurs, au moyen de la compensation, par préférence au créancier saisissant, et à son préjudice.

Sauf à pratiquer aussi une saisie-arrêt sur lui-même; de manière à exercer du moins, sur ces valeurs, les droits qui dérivent, pour lui, de sa créance, à l'encontre des autres créanciers du saisi.

Ce mode de procéder est donc possible?

Tel est notre sentiment; et nous ne tarderons à entreprendre d'en fournir la preuve (*infra*, n°s 692-693).

634. — La saisie-arrêt n'est pas, bien entendu, le seul cas, auquel s'applique la règle, que l'article 1298 a édictée.

La formule même de notre texte en témoigne :

« *Ainsi....* dit-il. »

Ce n'est donc là qu'un exemple; et la règle elle-même demeure avec la généralité, que ses termes comportent, et qui est, en effet, commandée par le principe, sur lequel elle repose.

Nous en avons déjà trouvé une autre application dans l'article 1295.

Pourquoi, dans certaines circonstances, le cédé ne peut-il pas opposer au cessionnaire la compensation, qui, si la cession n'avait pas été faite, aurait pu s'opérer entre lui et le cédant?

C'est précisément parce que, dans ces circonstances, telles que nous les avons expliquées, la compensation aurait lieu au préjudice du droit acquis au cessionnaire. (Comp. *supra*, n[os] 267 et suiv.)

635. — Paul se rend, moyennant un prix de 100 000 francs, acquéreur ou adjudicataire d'un immeuble appartenant à Pierre.

Cet immeuble est grevé d'une hypothèque au profit de Jacques.

Voilà donc Paul, débiteur envers Pierre, d'une somme de 100 000 fr.

Mais Pierre devient lui-même débiteur, envers Paul, d'une somme de 100 000 fr., en vertu d'une cause quelconque.

Et Paul, en conséquence, lui en demande le payement.

Pierre pourra-t-il lui dire : nous sommes quittes! puisque nos deux dettes respectives se sont éteintes par la compensation?

Non, il ne le pourra pas.

Pourrait-il contraindre Paul au payement réel de son prix de 100 000 fr.?

Évidemment non; car Paul, acquéreur ou adjudicataire d'un immeuble hypothéqué, ne pourrait pas payer le vendeur ou l'exproprié, au préjudice des créanciers hypothécaires; s'il le payait, il s'exposerait soit à être dépouillé de l'immeuble sur la poursuite des créanciers, soit à payer une seconde fois.

Or, si le payement n'est pas possible au préjudice des créanciers hypothécaires, la compensation ne l'est pas non plus! (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 232;

Colmet de Santerre, t. V, n° 250 *bis*, IV; Larombière, t. III, art. 1298, n°s 4-5.)

636. — Pareillement, la faillite fait obstacle à la compensation; en tant que cette compensation préjudicierait aux droits, qui en résultent au profit de la masse des créanciers.

La faillite, c'est une sorte de saisie-arrêt, au profit de la masse!

La compensation ne saurait donc s'opérer en faveur de celui qui, étant créancier ou débiteur du failli, avant l'ouverture de la faillite, est devenu, seulement depuis, son débiteur ou son créancier.

Cette compensation aurait, en effet, pour conséquence de créer, à son profit, une préférence au préjudice des autres créanciers, et de rompre cette égalité proportionnelle, qui est la grande loi de la faillite. (Art. 443 et 446 Code de Comm.; art. 2146 Code Napol.; Cass., 10 juillet 1832, Dev., 1832, I, 429; Toullier, t. IV, n° 381; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 232; Larombière, t. III, art. 1295, n° 6.)

637. — Faut-il déduire la même conséquence de l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire?

Paul était créancier de Pierre d'une somme de 20 000 francs.

Et Pierre était, de son côté, créancier de Paul d'une somme égale.

Mais la compensation ne pouvait pas s'opérer, parce que les deux dettes, par exemple, n'étaient pas exigibles: l'une, pure et simple; l'autre, à un terme, qui n'était pas échu.

En cet état, Pierre décède.

Jacques, son héritier, accepte la succession sous bénéfice d'inventaire.

Et c'est depuis l'ouverture de la succession, que le terme, à laquelle l'une des deux dettes était soumise, vient à échoir.

La compensation aura-t-elle lieu entre la dette de Paul envers la succession bénéficiaire de Pierre, et la dette de la succession bénéficiaire de Pierre envers Paul?

Rappelons d'abord les termes de l'article 808, sur lequel principalement la question s'élève :

« S'il y a des créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglée par le juge.

« S'il n'y a pas de créanciers opposants, il paye les créanciers et les légataires, à mesure qu'ils se présentent. »

Question délicate et controversée.

Ce n'est pas, toutefois, sur le premier cas, où il y a des créanciers opposants, que la difficulté peut naître.

Il est évident, en effet, que l'opposition vaut saisie-arrêt, et qu'elle rend alors applicable la disposition de l'article 1298.

L'héritier bénéficiaire ne pouvant pas payer, séparément et individuellement, chacun des créanciers, à mesure qu'ils se présentent, la compensation ne pourrait pas s'opérer, individuellement et séparément, au profit de l'un d'eux.

638. — Mais le doute peut, au contraire, paraître sérieux, dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas de créanciers opposants.

Aussi, les avis sont-ils partagés dans la doctrine.

Un parti considérable enseigne que la compensation légale ne peut pas plus s'opérer dans ce cas que dans l'autre :

1° Aux termes de l'article 808, dit-on, lorsqu'il n'y a pas de créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire paye les créanciers et les légataires, *à mesure qu'ils se présentent*.

Oui ! sans doute, il paye, en effet, dans ce cas, à bureau ouvert, chacun de ceux qui se présentent.

Mais, du moins, faut-il *qu'ils se présentent, pour de-*

mander soit leur payement, soit la compensation, qui est un payement.

Donc, il résulte du texte même que la compensation n'a pas lieu de plein droit, dès le moment de la coexistence des deux dettes.

Il est nécessaire que le créancier vienne demander son payement.

Et alors, si ce créancier de la succession est lui-même, à son tour, débiteur de cette succession, l'héritier bénéficiaire, au lieu de le payer en nature, le payera en compensation.

Mais ce sera là, comme on voit, une compensation facultative, qui n'aura d'effet que du moment où elle sera opposée.

2° On ajoute que cette doctrine est conforme au principe général, qui gouverne la succession bénéficiaire.

En effet, l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire produit une situation, qui est, à certains égards, semblable à la faillite; puisque les droits des créanciers d'une succession bénéficiaire sont fixés, d'une manière irrévocable, dès l'instant de l'ouverture de cette succession. (Arg. de l'art. 2146.)

Voilà pourquoi l'article 808 reconnaît à chacun des créanciers le droit de former opposition, afin d'empêcher que l'un ne soit payé par préférence aux autres, et que l'égalité, qui doit régner entre tous, ne soit violée.

Or, si la compensation légale était admise en faveur de l'un des créanciers, qui se trouverait en même temps débiteur de la succession, elle pourrait avoir pour résultat de rendre illusoire cette faculté d'opposition, que la loi accorde aux autres créanciers.

Donc, on ne saurait l'admettre, sans méconnaître le texte de l'article 808 et le principe essentiel, qui gouverne l'acceptation bénéficiaire des successions. (Comp. Toullier, t. IV, n° 380; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 232-233; Larombière, t. III, art. 1298, n° 7.)

639. — Cette argumentation est assurément très-forte. Mais nous ne croyons pas pourtant qu'elle soit décisive.

Et, à notre avis, c'est la compensation légale, qui éteindra, de plein droit, les deux dettes, lorsqu'il n'y a pas de créanciers opposants :

1° L'assimilation de la succession bénéficiaire à la faillite est loin, en effet, d'être absolue ; et ce serait une exagération de prétendre transporter dans l'une toutes les règles, qui gouvernent l'autre.

C'est le législateur lui-même, qui a déterminé la mesure et la limite de cette assimilation.

Il n'appartient pas à la doctrine de la dépasser, sous prétexte d'analogie, dans le cas où le législateur n'a pas consacré cette analogie par un texte. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. III, nos 349 et suiv.)

2° Peut-on trouver ce texte dans l'article 808 ?

C'est là une interprétation, qui nous paraît problématique !

Quand l'article 808 dispose que l'héritier bénéficiaire, lorsqu'il n'y a pas d'opposition, paye les créanciers et les légataires, à mesure qu'ils se présentent, il prévoit le cas le plus ordinaire, celui où les créanciers et les légataires viennent, en effet, demander leur payement en nature.

La compensation n'est pas le mode ordinaire, le mode normal de l'extinction des obligations.

Ce mode, c'est le payement !

Et c'est, en effet, le payement, que le législateur a prévu dans l'article 808.

On lui prête donc une intention, qu'il n'a pas eue, lorsqu'on induit de cet article, dans lequel il n'a en vue que le payement effectif, une interdiction de la compensation, à laquelle il n'a pas, croyons-nous, pensé.

« Si un créancier de la succession, dit M. Laurent, est en même temps débiteur, et si les dettes deviennent

compensables après l'ouverture de l'hérédité, le créancier sera payé par voie de compensation ; il pourra l'être intégralement, au préjudice des autres créanciers, qui, ignorant la créance ou la dette, n'auront pas songé à faire opposition. Et la compensation s'opérera de plein droit, conformément à la loi commune. — Il en serait de même, si l'héritier bénéficiaire était créancier et débiteur. » (*Principes de Droit civil*, t. X, n° 166.)

Tel est aussi notre sentiment.

Que cette solution offre des inconvénients, nous ne le nierons pas; et nous ne demandons pas mieux que de reconnaître qu'on peut encore y trouver une preuve de l'imperfection, qu'il est permis de reprocher à l'organisation du bénéfice d'inventaire. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 356; Bordeaux, 4 déc. 1852, D., *Rec. alph.*, v° *Obligations*, n° 2682 ; Desjardins, n° 123.)

640. — La doctrine, que nous venons d'appliquer à la succession bénéficiaire, nous paraîtrait également applicable à la succession vacante (art. 814; comp. notre *Traité* précité, t. III, n°s 456 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 232).

641. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que si l'obstacle à la compensation, qui résultait du droit acquis à un tiers, disparaît, la compensation deviendra possible.

Et elle s'opérera, en effet; mais seulement du jour où elle sera redevenue possible, c'est-à-dire du jour où le droit acquis au tiers aura cessé d'exister; car, avant que cet obstacle fût levé, la dette n'étant pas *exigible*, n'était pas *compensable*. (Art. 1291.)

B.

DE QUELLE MANIÈRE LA COMPENSATION LÉGALE S'OPÈRE. ET QUELS EN SONT LES EFFETS.

SOMMAIRE.

642. — A. — La compensation légale s'opère de plein droit, par la seule force de la loi. — Explication.
643. — En faut-il conclure que le juge peut déclarer, d'office, entre les parties, l'existence de la compensation?
644. — En faut-il aussi conclure que celui qui est, tout à la fois, créancier et débiteur de la même personne, ne puisse pas poursuivre son débiteur pour faire reconnaître et constater sa créance?
645. — La compensation peut être opposée en tout état de cause.
646. — Suite.
647. — La compensation peut-elle être opposée, même après une condamnation passée en force de chose jugée?
648. — B. — Quels sont les effets de la compensation légale? — La règle est que les effets de la compensations ont, généralement, les mêmes que ceux du payement.
649. — Suite.
650. — Suite.
651. — Suite.
652. — Suite.
653. — Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation, par l'article 1256. — Explication.
654. — Suite.
655. — Suite.

642. — A. Nous demandons d'abord de quelle manière la compensation légale s'opère.

Déjà nous avons trouvé la réponse dans l'article 1290 :

« La compensation s'opère de plein droit, par la seule « force de la loi, même à l'insu des parties ; les deux « dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles « se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de « leurs quotités respectives. »

Une telle formule n'a pas besoin de commentaire! elle résume énergiquement cette théorie de la compensation légale, à l'établissement de laquelle Pothier, de son temps, avait dû consacrer quelques efforts; et qu'il définissait aussi parfaitement, en ces termes :

« Lorsqu'on dit que la compensation se fait *de plein droit*, *ipso jure*, cela signifie qu'elle se fait par la seule vertu de la loi, *sans qu'elle ait été prononcée par le juge, ni même opposée par aucune des parties.* » (N° 635.)

643. — De là, il nous paraît résulter que le juge peut déclarer d'office, entre les parties, l'existence de la compensation.

Cette doctrine, toutefois, est contestée.

« Il est cependant bien entendu, disent MM. Aubry et Rau, que si, nonobstant la compensation opérée, l'une des parties poursuivait l'autre, celle-ci devrait invoquer sa créance comme moyen de repousser l'action dirigée contre elle, et qu'à défaut, par le défendeur, d'opposer ce moyen de libération, le juge ne pourrait rejeter la demande, en déclarant d'office l'existence de la compensation. » (Sur Zachariæ, t. IV, p. 236.)

Les savants auteurs citent, à l'appui de cette thèse, quelques jurisconsultes, qui ne nous paraissent pas pourtant la professer d'une manière bien nette. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Compensation*, § 1, n° 5; Duranton, t. XII, n° 382.)

Voici, notamment, comment Duranton s'exprime :

« Il faut, sans doute, que celui, qui est poursuivi en justice en payement de sa dette, nonobstant la compensation, qui l'a éteinte, *allègue* (c'est l'auteur lui-même qui souligne ce mot) que la compensation a eu lieu; car le juge ne peut la deviner. » (T. XII, n° 382.)

Assurément oui !

Et, à ce point de vue, en effet, il est vrai que le juge ne peut pas d'office déclarer l'existence de la compensation.

C'est aussi ce que disait Merlin, « que le juge ne peut pas deviner s'il y a une compensation à faire, et si le créancier est réciproquement débiteur. » (*Loc. supra cit.*)

Ajoutons que la thèse, que nous agitons, suppose, par elle-même, que le juge est saisi *de demandes respectives ;* sinon, il y aurait une des créances, sur lesquelles

il n'aurait pas le droit de statuer, puisque la connaissance ne lui en serait pas déférée, et qu'il n'en serait pas saisi.

Voilà donc ce qu'il faut supposer.

Mais, lorsque le fait se produit ainsi, lorsque le juge est, en effet, saisi *de demandes respectives*, et qu'il reconnaît, par l'instruction et par les débats, *qu'il y a une compensation à faire*, ou plutôt *qu'il y a une compensation faite*, est-il exact qu'il ne doive y avoir égard qu'autant qu'elle est proposée par l'une des parties?

C'est ce que nous ne croyons pas.

Cela serait vrai de la prescription! (Art. 2220.)

Mais autre est la prescription, autre la compensation, qui, d'après le texte formel de notre article, s'opère, par elle-même et par elle seule, non plus judiciairement, mais légalement! (Comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 24; Taulier, t. IV, p. 409 ; Desjardins, p. 358 ; Larombière, t. III, art. 1290, n° 2.)

644. — En faut-il aussi conclure que celui, qui est tout à la fois créancier et débiteur de la même personne, ne puisse pas poursuivre son débiteur, pour faire reconnaître et constater sa créance?

Évidemment non!

La compensation, en effet, ne s'opère que par la coexistence des deux dettes.

Et, par conséquent, il faut, pour qu'elle s'opère, que la coexistence de ces deux dettes soit prouvée.

Donc, celui des deux créanciers, qui n'a pas de titre, est fondé à provoquer un jugement, afin précisément d'établir que la compensation s'est accomplie, et de pouvoir l'invoquer. (Comp. Larombière, t. III, art. 1290, n° 2.)

645. — La compensation peut certainement être proposée en tout état de cause.

Même, pour la première fois, en appel?

Même pour la première fois en appel, comme on proposerait le mode d'extinction résultant du payement;

Et cela, lors même que la créance opposée en compensation n'aurait pris naissance qu'après le jugement et depuis l'appel.

646. — Et cela encore, lors même que cette créance serait supérieure à celle, qui faisait l'objet de la demande.

Nous verrons que cette proposition est vraie, même pour la compensation reconventionnelle.

A plus forte raison, est-elle vraie pour la compensation légale, en vertu de l'article 1290. (Comp. *infra*, n° 684; Cass., 10 janv. 1853, Suchet-Damas, Dev., 1853, I, 624.)

647. — Mais est-ce que la compensation pourrait encore être opposée, même après une condamnation passée en force de chose jugée?

Le payement pourrait-il, en pareil cas, être opposé?

Oui; car le débiteur est censé condamné à payer *en deniers ou quittances;* c'est ce que nous ne tarderons pas à expliquer.

Or, la compensatien équivaut à un payement;

Donc, elle peut être opposée, après une condamnation passée en force de chose jugée, comme le payement lui-même pourrait l'être. *Nemini dubium est!* dit la loi 2 au Code *de Compensationibus.* (Comp. Pothier, n° 604; Merlin, *Répert.*, v° *Compensation*, § 1, n° 5; Toullier, t. IV, n° 288; Duranton, t. XII, n°s 456-460; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 236; Larombière, t. III, art. 1290, n° 2; Desjardins, n° 105.)

648. — B. Nous demandons, en second lieu, quels sont les effets de la compensation légale.

Mais est-ce la peine d'en entreprendre l'énumération?

Les effets de la compensation! ils ne peuvent être et ils ne sont autres que les effets du payement, dont nous avons déjà fourni la nomenclature;

Puisque la compensation elle-même n'est qu'une manière de payement.

Telle est, effectivement, notre règle. (Comp. Pothier, n° 636.)

649. — Il en résulte que toutes les sûretés, qui pouvaient garantir les deux dettes, s'y anéantissent, en même temps que ces dettes.

Sans principal, plus d'accessoires.

Ainsi : 1° Les priviléges et les hypothèques s'éteignent. (Art. 1295, 1299, 2180-1°.)

Les cautions sont libérées.

Les objets donnés en gage, doivent être restitués. (L. 5, Cod., *de Compensat.*)

650. — 2° Les intérêts cessent de courir;

Sans qu'il y ait lieu de distinguer si les deux créances produisaient des intérêts égaux ou inégaux, ou même si l'une d'elles seulement en produisait, tandis que l'autre n'en produisait pas.

651. — 3° La prescription de même!

Sans qu'il y ait lieu, non plus, de distinguer si elle est opposée avant l'expiration du temps, au bout duquel elle se serait accomplie, ou après l'expiration de ce temps.

Comment, en effet, des dettes, qui, de plein droit, n'existent plus, depuis l'instant où elles se sont réciproquement entre-détruites dans leur rencontre, pourraient-elles, toutes les deux ou l'une d'elles, produire des intérêts ou être soumises à une prescription quelconque! (Comp. Cass., 3 févr. 1818, Sirey, 1819, I, 279; Toullier, t. IV, n° 389; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 237; Desjardins, n° 125.)

652. — 4° Nous supposons, bien entendu, dans ce qui précède, que la compensation a éteint complétement les deux dettes, et que les deux débiteurs, ayant cessé d'être créanciers, se trouvent tout à fait quittes l'un envers l'autre.

Si, au contraire, l'une des créances était d'un chiffre supérieur au chiffre de l'autre, comme cette créance subsisterait encore *in parte quâ,* pour excédant (art.

1290), il faudrait dire que les priviléges, les hypothèques, les gages et les cautionnements subsisteraient encore ! car ils sont indivisibles ; ayant garanti la dette tout entière et, pour le tout, chacune des parties de la dette. (Comp. art. 2083, 2114.)

C'est ce qu'exprime très-bien la Constitution romaine, que nous venons de citer :

« *Invicem debiti compensatione habita, si quid amplius debeas, solvens, vel, accipere creditore nolente, offerens et consignatum deponens, de pignoribus agere potes.* » (L. 4, Cod., *de Compensat.*)

Pareillement, les intérêts de ce restant de la créance continueraient de courir.

Et *ce restant* pourrait aussi s'éteindre par la prescription.

653. — 5° Enfin voici un texte, qui consacre de plus en plus encore l'assimilation des effets de la compensation et des effets du payement.

Aux termes de l'article 1297 :

« Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues « par la même personne, on suit, pour la compensa- « tion, les règles établies, pour l'imputation, par l'ar- « ticle 1256. »

Pourquoi ?

Précisément, parce que la compensation opère, à l'instar du payement, l'extinction des deux dettes.

Rien de plus simple, dès lors, et de plus rationnel, que d'appliquer à la compensation, lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables, les mêmes règles, que l'on applique au payement.

654. — Quelles seront ces règles ?

Notre texte lui-même répond :

Celles qui sont écrites dans l'article 1256, pour le cas où l'imputation n'ayant été faite ni par le débiteur ni par le créancier, c'est la loi elle-même, qui se charge de la faire. (Comp. *supra*, n° 43.)

Ce cas est bien, en effet, celui de la compensation ; la-

quelle est exclusive de toute imputation dirigée par l'une ou par l'autre des parties.

En conséquence, la compensation doit, comme le payement, être imputée sur la dette, que le débiteur de ces plusieurs dettes avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles, qui sont pareillement échues; si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne; et toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

655. — « Cette décision, dit Pothier, (celle de l'article 1297, qui lui a été empruntée), n'a lieu, que lorsque les différentes dettes, dont j'étais votre débiteur, ont toutes précédé la créance, que j'ai depuis acquise contre vous. Mais si, étant votre débiteur d'une somme de 1000 livres, je suis devenu depuis votre créancier de pareille somme, et que j'aie depuis contracté une nouvelle dette envers vous; quoique ce fût une dette, dont j'eusse plus d'intérêt d'être acquitté que de la première, néanmoins vous pourrez m'en demander le payement, sans que je puisse vous opposer la compensation de la créance, que j'ai acquise; cette créance ayant été éteinte, aussitôt que je l'ai acquise, par la compensation, qui s'est opérée de plein droit de cette créance avec la première, que vous aviez contre moi. » (N° 638.)

Cela est de toute évidence!

Paul doit à Pierre 1000 francs sans intérêts et sans hypothèque.

Pierre, son créancier, devient lui-même son débiteur de 1000 francs.

Qu'est-ce à dire ?

Que les voilà quittes par la compensation de plein droit et définitivement accomplie.

Mais ensuite Paul devient de nouveau débiteur de Pierre; et cette fois, sa dette produit des intérêts; et elle est garantie par une hypothèque.

Paul pourra-t-il prétendre imputer, par compensation,

cette dernière dette sur celle dont Pierre était tenu envers lui?

Poser une telle question, c'est la résoudre!

Oh! sans doute, si les deux dettes de Paul envers Pierre eussent existé en même temps, Paul aurait pu invoquer, d'après l'article 1256, l'imputation, par compensation, sur celle qui était productive d'intérêts et hypothécaire.

Mais notre fait est tout autre!

Ce n'est que successivement, *ex intervallo*, que Paul a été deux fois débiteur de Pierre.

Lorsque sa première dette, alors unique, existait, elle s'est éteinte par compensation avec la dette, dont Pierre était tenu envers lui.

Et lorsque sa seconde dette est venue, Pierre n'était plus son débiteur.

Il n'y a donc eu, à aucun moment, entre Paul et Pierre, *plusieurs dettes*.

Et, par conséquent, à aucun moment, il n'y a eu lieu à imputation. (Comp. Cass., 2 mai 1860, Jasseau, Dev., 1861, I, 540; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 237.)

§ II.

DE LA COMPENSATION FACULTATIVE.

SOMMAIRE.

656. — Définition de la compensation facultative. — Explication.

657. — Division.

658. — A. — Dans quels cas la compensation facultative peut-elle avoir lieu? — Les rédacteurs du Code ne se sont point occupés de la compensation facultative; et tous les articles de notre section ont exclusivement trait à la compensation légale.

659. — Suite.

660. — Suite.

661. — Suite.

662. — Suite.

663. — Dans les différents cas, où la compensation facultative est admise, cette compensation n'est-elle possible qu'autant que les deux dettes sont, de part et d'autre, d'un chiffre égal? — Ou, au contraire, est-elle possible même dans le cas où le chiffre de l'une des dettes serait supérieur à celui de l'autre?

664. — Suite.
665. — Suite.
666. — Suite.
667. — Suite.
668. — B. — De quelle manière s'opère la compensation facultative.
669. — Suite.
670. — C. — Quels sont les effets de la compensation facultative? — Exposition.
671. — Suite.
672. — Suite.
673. — Suite.
674. — Suite.
675. — De la compensation dite conventionnelle.
676. — Suite.

656. — Delvincourt est, paraît-il, le premier, qui ait appelé *facultative*, l'espèce de compensation, dont nous allons nous occuper. (T. II, p. 465.)

Il faut reconnaître que ce nom lui convient bien.

Toullier pourtant ne l'a pas admis; il a donné à cette compensation le nom de *compensation par voie d'exception*, et à la compensation reconventionnelle, le nom de *compensation par voie d'action*. (T. II, n° 397.)

Mais ces appellations, qui ne seraient pas toujours exactes, dans la différence, qu'elles établissent entre l'une et l'autre compensation, n'ont pas obtenu crédit.

Et nous croyons que le mot : *compensation facultative*, exprime ici beaucoup mieux la chose, dont il s'agit.

La compensation, dite *facultative*, est, en effet, celle que l'une des parties seulement, et point l'autre, a la faculté d'opposer, parce que l'obstacle qui, dans le cas particulier, où elles se trouvent, empêche la compensation légale, n'est établi que dans son intérêt, auquel elle peut renoncer.

Il est clair que, lorsque c'est seulement dans l'intérêt de l'une des parties, que la compensation légale est écartée, cette partie peut faire disparaître l'obstacle, en declarant qu'elle renonce à son droit.

657. — Nous allons résoudre, en ce qui la concerne, les trois points suivants :

A. Dans quels cas elle peut avoir lieu;

B. De quelle manière elle s'opère;

C. Quels en sont les effets.

658. — A. Et d'abord, dans quels cas la compensation facultative peut-elle avoir lieu?

Il y a une première règle, qu'il faut poser, ou plutôt rappeler; car nous avons eu déjà l'occasion de l'établir.

C'est qu'on ne doit chercher, dans la section du Code, que nous venons d'étudier, aucun cas de compensation facultative.

Quelques jurisconsultes ont, il est vrai, professé que le législateur en avait, au contraire, prévu certains cas, notamment dans l'article 1291, second alinéa, et dans l'article 1296.

Mais nous croyons avoir suffisamment réfuté cette doctrine.

Nous nous référons donc aux explications, que nous avons fournies, en nous bornant à conclure que, pas plus dans les articles 1291 et 1296 que dans les autres, le législateur ne s'est occupé de la compensation facultative;

Notre section tout entière étant exclusivement consacrée à la compensation légale. (Comp. *supra*, n° 534.)

659. — C'est précisément, au contraire, lorsque l'une ou l'autre des conditions requises pour la compensation légale fait défaut, qu'il peut y avoir lieu à la compensation facultative.

L'absence de ces conditions peut provenir :

Soit de l'objet de l'une des dettes;

Soit de sa cause;

Soit d'une modalité, sous laquelle elle aurait été contractée;

Soit de ce que les deux dettes n'existeraient pas, directement et principalement, entre les deux parties, qui se trouvent en présence.

660. — Paul doit à Pierre dix hectolitres de vin de Bordeaux, de tel cru et de telle année déterminés.

Et Pierre doit à Paul dix hectolitres de vin, *in genere*, de celui qu'il voudra lui livrer, pourvu seulement qu'il ne soit pas *de la plus mauvaise espèce!* (Art. 1246.)

La compensation légale, bien entendu, n'est pas possible! (Art. 1291.)

Mais pourquoi? et dans l'intérêt de qui?

Uniquement dans l'intérêt de Pierre, qui peut exiger que Paul lui délivre du vin de Bordeaux de tel cru et de telle année; tandis que Paul peut exiger seulement de lui qu'il lui délivre du vin de qualité loyale et marchande.

Donc, Pierre peut renoncer à ce droit, qui n'est fondé que sur son intérêt particulier.

Et, apparemment, Paul ne serait pas bien venu à se plaindre de ce que Pierre, qui pourrait lui donner en payement du vin très-médiocre, lui donne, au contraire, en payement le vin très-bon, qu'il lui doit!

Il en serait ainsi, lors même que les dix hectolitres de vin dus par Paul à Pierre, lui seraient dus *in specie*, comme corps certain; puisque, dans ce cas aussi, Pierre pourrait, immédiatement après les avoir reçus de lui, les lui rendre!

661. — D'où vient l'obstacle à la compensation, que l'article 1293 établit — dans l'intérêt du propriétaire spolié; — du déposant; — du prêteur à usage; — et du créancier d'aliments insaisissables?

Il vient précisément de la cause de la dette, considérée: — dans la personne du spoliateur; — du dépositaire; — de l'emprunteur; — et du débiteur des aliments.

C'est-à-dire qu'il est établi seulement dans l'intérêt du spolié; — du déposant; — du prêteur; — du créancier d'aliments, qui ont, en conséquence, la faculté d'y renoncer.

Et lorsqu'ils y renoncent en effet, voilà une compensa-

tion facultative. (Comp. Lyon, 18 mars 1831, Dev., 1831, II, 229; Cass., 1er avril 1844, Trublet, Dev., 1844, I, 468; Toullier, t. IV, nos 396-399; Duranton, t. XII, n° 383; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 225; Larombière, t. III, art. 1293, n° 16; Desjardins, n° 132.)

662. — L'obstacle proviendra de la modalité, qui accompagne l'une des dettes, si nous supposons que l'une d'elles, par exemple, est à un terme, qui n'est pas échu; tandis que l'autre est exigible (art. 1291).

Il faut supposer aussi, bien entendu, que le terme n'a été stipulé que dans l'intérêt seulement de celui qui est tenu de cette dette, et non pas aussi dans l'intérêt du créancier, comme tel est, d'ailleurs, le droit commun (art. 1187).

Eh bien! alors celui des débiteurs, dans l'intérêt duquel le terme existe, a la faculté d'y renoncer; et, par sa renonciation, en rendant sa dette exigible, il la rend, par cela même, compensable.

Enfin, il se peut que l'empêchement à la compensation légale résulte de ce que les deux dettes n'existeraient pas, personnellement et directement, entre les mêmes parties.

Et alors, en effet, ce ne serait que par le moyen d'une compensation facultative, que ces deux dettes pourraient, dans certains cas, s'éteindre réciproquement.

Voilà comment nous avons vu que la caution, poursuivie par le créancier, peut opposer, en compensation, la dette dont ce créancier est lui-même tenu envers elle. (Comp. *supra*, n° 551; Larombière, t. IV, art. 1293, n° 17.)

663. — Mais ici s'élève une question, qui nous paraît délicate.

Dans les différents cas que nous venons d'énoncer, la compensation n'est-elle possible, qu'autant que les deux dettes sont d'un chiffre égal; de sorte que l'une d'elles puisse éteindre l'autre pour le tout; et réciproquement?

Ou, au contraire, est-elle possible, même dans le cas où le chiffre de l'une des dettes est supérieur à celui de l'autre ; de sorte que la compensation facultative s'opérerait partiellement, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, comme la compensation légale ?

Pierre est créancier de Paul d'une somme de 20 000 francs, exigibles seulement dans deux ans.

Et Paul est créancier de Pierre d'une somme de 10 000 francs, actuellement exigibles.

En cet état, Paul notifie à Pierre qu'il renonce au bénéfice du terme de la dette, dont il est tenu envers lui; et il déclare lui opposer la compensation jusqu'à concurrence de 10 000 fr.

Et le reste? et les 10 000 fr., qui forment la différence entre les deux dettes ?

Il n'y aurait pas de difficulté, si Paul offrait de les payer en espèces, pour compléter sa libération.

Mais non ! il ne les offre pas ; ce qu'il fait seulement, c'est de dire :

Je ne vous dois plus que 10 000 fr.; poursuivez-moi, si vous voulez ; mais seulement, désormais, pour 10 000 fr.!

Est-il fondé?

Pour l'affirmative, on peut argumenter ainsi :

1° Le seul obstacle, qui s'opposait à la compensation légale, venait de ce que l'une des dettes n'était pas exigible ;

Or, cet obstacle est levé par la renonciation, que le débiteur a faite au bénéfice du terme, qui n'existait qu'en sa faveur ;

Donc, maintenant que cette dette est, aussi bien que l'autre, exigible, il y a lieu à la compensation, d'après le texte même de l'article 1291.

2° Est-ce que, en effet, ce texte distingue entre les différentes causes, qui ont pu rendre les dettes exigibles?

Nullement !

Le texte n'exige qu'une condition ; à savoir : qu'elles soient exigibles !

On objecte que voilà l'un des créanciers contraint de recevoir un payement partiel.

Il est vrai!

Mais à qui s'adresse cette objection ?

Elle s'adresse au législateur lui-même, qui a admis la compensation entre des dettes inégales, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

Elle ne saurait donc atteindre une doctrine, qui se borne à faire l'application de ce principe dans un cas où elle vient d'établir qu'il y a lieu à la compensation. (Comp. Larombière, t. III, art. 1293, n°s 14 et suiv.)

664. — Cette argumentation est certainement très-forte.

Pourtant, nous ne croyons pas devoir nous y rendre ; et notre avis est, au contraire, que la compensation facultative ne peut pas être opposée par celui des débiteurs, qui doit plus qu'il ne lui est dû :

1° En effet, aux termes de l'article 1244 :

« Le débiteur ne peut point forcer le créancier à rece-
« voir en partie le payement d'une dette même divi-
« sible. »

Voilà une règle générale, qui doit être maintenue dans tous les cas où la loi n'y a pas dérogé par un texte exceptionnel ;

Or, d'une part, le texte de l'article 1290 n'y déroge que pour le cas de la compensation légale ; d'autre part, nous ne sommes pas ici dans le cas de la compensation légale ;

Donc, nous demeurons dans la règle générale, sans que l'exception puisse être invoquée.

2° Non ! nous ne sommes pas dans un cas de compensation légale.

Et le débiteur, qui vient donner sa créance en payement à son créancier, en lui disant :

Je renonce au bénéfice du terme!

Ce débiteur-là ne fait rien autre chose qu'une *dation en payement!*

Eh bien! la dation en payement, comme le payement, doit comprendre la totalité de la dette, pour que le créancier puisse être contraint de l'accepter.

La dette est maintenant exigible!

Oui; mais comment l'est-elle devenue?

Par l'expiration du terme?

Non!

La dette n'est devenue exigible que par le fait volontaire du débiteur.

Or, ce fait, nous venons de l'apprécier et de le caractériser.

Ce n'est pas une compensation légale, qu'il constitue! il n'y avait pas lieu à la compensation légale, dans l'état où se trouvaient respectivement les deux dettes.

Ce fait, c'est, disons-nous, une vraie dation en payement, par laquelle le débiteur ne peut pas plus que par un payement, éteindre la dette, pour partie, contre le gré du créancier.

3° L'objection, que nous élevons, porte, dit-on, contre la compensation légale elle-même; et comme elle prouverait trop, *elle ne prouve*, suivant M. Larombière, *absolumemt rien du tout!*

Notre réponse est encore que l'exception, apportée par l'article 1290 à la règle de l'article 1244, ne s'applique qu'à la compensation légale.

Nous admettons pleinement cette exception.

Ce que nous demandons seulement, c'est à savoir si notre débiteur est dans un cas de compensation légale?

Et voilà précisément ce que nous n'admettons pas.

Est-ce que d'ailleurs la renonciation par le débiteur au bénéfice du terme n'implique pas qu'il est en mesure de satisfaire son créancier?

Nous le croyons tout à fait.

Et c'est, à notre avis, de la part du débiteur, dans les circonstances où nous sommes, une sorte de dérision de venir dire à son créancier qu'il renonce au bénéfice du terme, en même temps qu'il reconnaît l'impossibilité où il est de s'acquitter intégralement envers lui!

663. — Si la doctrine, que nous entreprenons de combattre, était vraie, il faudrait l'appliquer à tous les cas de compensation facultative.

Or, c'est ce que les partisans eux-mêmes de cette doctrine se refusent à faire.

Voici le débiteur d'une rente de 5000 fr., au capital de 100 000 fr., qui, se trouvant créancier d'une somme de 50 000 fr. du créancier de la rente, prétend lui opposer, par voie de remboursement partiel, la compensation facultative jusqu'à concurrence de 50 000 fr.

Il ne le pourra pas!

Il a le droit, sans doute, de rembourser le capital de la rente, mais le capital tout entier; tout entier, soit qu'il paye, soit qu'il compense!

C'est la réponse unanime.

Elle était celle de l'ancien droit. (Comp. Dumoulin, *de Usuris*, quæst. 43, n° 323; Valin, *Cout. de la Rochelle*, art. 61, n°s 55-56; Pothier, du *Contrat de constitution de rente*, chap. VII, art. 5, § 3.)

Elle est celle du Droit nouveau, de la part même des dissidents, que nous avons rencontrés, sur la question précédente d'une renonciation à un terme ordinaire. (Comp. Larombière, t. III, art. 1293, n° 15; Toullier, t. IV, n° 405; Duranton, t. XII, n° 410.)

Et pourtant, n'est-ce pas le même fait et la même question?

Le débiteur d'une rente est finalement un débiteur à un terme, illimité sans doute, mais enfin à un terme, qui n'existe que dans son intérêt et auquel il peut renoncer.

Or, les partisans de la doctrine, que nous combat-

tons, conviennent que, malgré sa renonciation, il ne peut pas faire que la compensation s'opère partiellement.

Donc, il y a là une défaillance de cette doctrine.

Nous reconnaissons volontiers, d'ailleurs, qu'il y a, en outre, lorsqu'il s'agit d'une rente constituée, un argument spécial; c'est que la constitution de rente forme elle-même une convention indivisible; vous devez une rente de 5000 fr. ou un capital de 100 000 fr.; mais vous ne pourriez pas, sans dénaturer la convention, vous constituer débiteur d'une rente de 2500 fr., et d'un capital de 50 000 fr.

666. — Supposons, au contraire, que, sur la demande du créancier, dans les cas déterminés par la loi, un jugement ait condamné le débiteur à rembourser le capital de la rente (art. 1912, 1913).

Oh! alors, la compensation partielle pourra s'opérer jusqu'à concurrence de la créance moindre du débiteur de la rente.

C'est que la disparition du terme et l'exigibilité du capital ne proviendra pas, dans ce cas, de la renonciation du débiteur au bénéfice du terme.

C'est, en un mot, que nous serons alors, non point dans un cas de compensation facultative, mais dans un cas de compensation légale. (Comp. Duranton, t. XII, n° 410; Larombière, t. III, art. 1293, n° 15.)

667. — Un tuteur oppose en compensation à son créancier personnel, la créance de son pupille contre ce créancier.

Pourra-t-il l'opposer, en effet, si sa dette personnelle envers son créancier et la dette de son créancier envers son pupille ne sont pas égales?

Non!

Telle est encore la réponse unanime sur ce cas de compensation facultative, à laquelle peut donner lieu le défaut de réciprocité directe et personnelle de deux dettes.

« La compensation, dans ce cas comme dans tous les autres semblables, dit M. Larombière, doit, pour être admise, aboutir à un payement intégral. » (T. III, art. 1293, n° 17.)

C'est aussi ce que nous croyons.

En quoi, il nous semble que nous demeurons fidèles à notre prémisse.

Aussi, concluons-nous, avec M. Desjardins, que, si le législateur veut que la compensation légale s'opère jusqu'à concurrence des quotités respectives de chaque dette, il déroge, par cette disposition, au principe que le créancier ne peut être forcé de recevoir un payement partiel; et que cette disposition dépend de la volonté de la loi, mais non de celle de l'homme (p. 462-463).

668. — B. La compensation facultative s'opère :

Soit par voie d'exception, lorsque celui des débiteurs, qui a la faculté de l'opposer, est poursuivi par son créancier;

Soit par voie d'action, lorsque c'est lui qui prend l'initiative, et qui déclare à son créancier sa volonté de l'opposer.

669. — Il ne faudrait pas, toutefois, conclure des expressions, que nous venons d'employer, que la compensation facultative est judiciaire.

Quelques jurisconsultes, il est vrai, l'appellent de ce nom, et distinguent deux sortes de compensations judiciaires :

L'une, disent-ils, qui est facultative;

L'autre, qui est reconventionnelle. (Comp. Mourlon, *Répét. écrit*, t. II, n° 1459; Larombière, t. III, art. 293, n° 13.)

Mais il ne nous paraît pas exact de considérer comme judiciaire la compensation facultative.

Cette compensation, en effet, ne dépend que de la volonté de celui des débiteurs, qui a la faculté de l'opposer; de sorte que, dès l'instant où il a déclaré cette

volonté à son créancier, la compensation facultative s'opère.

Oh ! sans doute, il faudra bien que le juge intervienne, si le créancier, auquel son débiteur déclare opposer une compensation facultative, la conteste et ne veut pas la reconnaître.

Mais le juge, dans ce cas, ne fera que constater et déclarer l'existence de la compensation. Il n'a pas, en effet, pour la compensation facultative, le pouvoir d'appréciation discrétionnaire, qu'il a, comme nous le verrons bientôt, pour la compensation reconventionnelle. (*Infra*, n° 689.)

Telle était la doctrine de nos anciens auteurs, qui enseignaient que l'intervention de l'autorité judiciaire n'y est pas nécessaire, et qu'il suffit de la déclaration unilatérale du débiteur, en faveur duquel la compensation légale est empêchée. (Comp. Dumoulin, *de Usuris*, quæst. 43, n° 345; Pothier, *Traité du Contrat de constitution de rente*, chap. VII, art. 5, § 3, n°s 204 et suiv.)

Telle est encore, très-justement, à notre avis, la doctrine moderne :

« En demandant acte au tribunal de l'offre de compensation, dit Duranton, le cours de l'action principale doit être aussitôt arrêté. » (T. XII, n° 465.)

Une simple requête sera même, en ce cas, suffisante. (Comp. Lyon, 18 mars 1831, Dev., 1831, II, 229; Toullier, t. IV, n°s 585, 598-599; Lair, p. 259; Desjardins, p. 454; Larombière, t. III, art. 1293, n° 16.)

670. — C. Nous avons demandé, en troisième lieu, quels sont les effets de la compensation facultative (*supra*, n° 657).

Il ne s'agit pas ici, bien entendu, de rechercher quels sont les effets de cette compensation, dès l'instant où elle est une fois accomplie !

Ces effets-là sont toujours les mêmes, quelle que soit

l'espèce de compensation, d'où ils dérivent, légale, facultative, ou reconventionnelle.

Dès l'instant où la compensation, quelle qu'elle soit, est opérée, la dette est éteinte, comme par le payement; et, avec la dette, sont également éteintes toutes ses garanties accessoires (comp. *supra*, n° 649).

671. — Aussi, l'intérêt de la dernière question, que nous proposons, consiste-t-il surtout à savoir de quel moment date la compensation facultative, et si ses effets sont produits, *ut ex tunc*, rétroactivement, comme du jour où les deux dettes ont coexisté; ou seulement *ex nunc*, sans rétroactivité, comme du jour où elle a été opposée.

Mais cette question elle-même, est-ce que nous ne venons pas de la résoudre, en décidant la question de savoir de quelle manière la compensation facultative s'opère.

Évidemment oui!

Car ce sont là des questions connexes; et la solution de l'une emporte la solution de l'autre.

Pourquoi la compensation légale produit-elle ses effets, dès l'instant où les deux dettes ont coexisté?

C'est parce qu'elle s'opère de plein droit, sans qu'il soit nécessaire que l'une ou l'autre des parties la propose.

Par la même raison en sens inverse, la compensation facultative ne peut produire ses effets que de l'instant où elle est opposée, parce qu'elle ne s'opère pas de plein droit, mais seulement à dater de l'instant où elle est opposée par celui des débiteurs, qui en a la faculté.

Elle peut être sans doute opposée, comme la compensation légale, en tout état de cause.

Mais il faut qu'elle soit opposée; et ce n'est que de cet instant qu'elle s'opère. (Comp. Toullier, t. IV, n[os] 396-398; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 236; Colmet de

Santerre, t. V, n° 251 *bis*, VI; Larombière, t. III, art. 1293, n° 13.)

672. — Cette doctrine pourtant a été contestée.

Mais le parti dissident a choisi lui-même, comme exemple, une espèce, qui nous paraît être tout à fait à son désavantage, et qui loin d'affaiblir l'argumentation que nous venons de présenter, va, croyons-nous, lui prêter, au contraire, une nouvelle force.

Pierre a reçu de Paul un dépôt irrégulier de 3000 fr.

Il devient ensuite héritier d'un tiers, qui avait une créance exigible et productive d'intérêts contre Paul.

Plusieurs années s'écoulent depuis l'ouverture de la succession.

Et il demande maintenant à Paul le payement du capital et des intérêts de sa créance.

Mais Paul lui oppose la compensation facultative.

Il en a le droit, sans doute; car, si l'article 1293-2° dispose que la compensation ne peut pas avoir lieu dans le cas de la demande en restitution d'un dépôt, c'est seulement dans l'intérêt du déposant.

Et, par conséquent, le déposant peut, en renonçant à cette exception introduite dans son intérêt particulier, opposer, en effet, la compensation facultative.

Mais la prétention de Paul va plus loin!

Ce qu'il soutient, c'est que cette compensation facultative, qu'il oppose aujourd'hui, doit remonter rétroactivement, plusieurs années dans le passé, jusqu'à l'instant où les deux dettes se sont trouvées coexister, par l'ouverture de la succession, qui a rendu Pierre son créancier.

Et en conséquence, il prétend que les intérêts de cette créance, dont il était tenu envers l'auteur de la succession, ont cessé de courir dès ce jour.

Mais comment donc? et pourquoi?

C'est, dit-on, parce que la compensation facultative, une fois opposée, doit avoir pour effet de remettre les

parties au même état que si elles avaient été exactes à remplir leurs obligations.

« Dans notre système, ajoute Frédéric Duranton, cette suspension des intérêts a une tout autre base que la compensation légale. Le Code n'a point parlé de la compensation facultative, il ne l'a point réglementée; nous sommes donc autorisé à lui appliquer les principes, que nous reconnaîtrons les plus justes.... » (*Revue de Droit français et étranger*, 1846, p. 874.)

673. — Assurément oui! nous admettons aussi ce principe.

Mais ce que nous contestons, c'est l'application, que notre regretté collègue en a faite.

Nous croyons, en effet, pouvoir démontrer qu'elle est tout à la fois illogique et inique :

1° La solution, que nous combattons, implique cette idée, que la dette du dépositaire serait exigible, avant que le déposant eût réclamé la restitution du dépôt; et que le dépositaire, dès avant cette réclamation, serait en demeure.

Or, il n'en est certainement pas ainsi, soit que le dépôt ait été fait sous un terme, qui n'est pas encore expiré (ce qui est d'évidence!), soit même que le dépôt ait été fait sous terme déjà expiré, ou qu'il ait été fait sans aucun terme.

Le dépositaire, en effet, n'est tenu régulièrement de restituer le dépôt, que lorsque le déposant le réclame. (Art. 1944.)

Et, lorsqu'il le conserve, tant que cette réclamation n'est pas formée, il ne faut pas dire qu'il est en demeure; il faut dire, au contraire, qu'il continue son bon office et *sa bienfaisance!* (Art. 1105.)

Il serait donc contraire à la logique du droit et à l'équité de l'en rendre victime.

2° Nous faisons encore ce double reproche, sous un autre rapport, à la solution adverse.

Cette solution implique, en effet, aussi cette idée que le dépositaire serait indemnisé de la perte des intérêts de la somme, qui lui est due, par le gain des intérêts de la somme, qu'il doit.

Or, ceci nous paraît tout à fait inexact!

Le dépositaire, même irrégulier, doit, en effet, être toujours prêt à restituer le dépôt.

Aux termes de l'article 1944 :

« Le dépôt doit être remis au déposant, *aussitôt qu'il* « *le réclame*, lors même que le contrat aurait fixé un « délai déterminé pour la restitution, à moins qu'il « n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie- « arrêt ou une opposition à la restitution et au déplace- « ment de la chose déposée. »

D'où il suit que le dépositaire, même irrégulier, disons-nous, quoiqu'il soit devenu propriétaire de la somme de deniers, qui a fait l'objet du dépôt, doit du moins toujours tenir à la disposition du déposant une somme égale, pour la lui rendre, aussitôt qu'il la réclamera.

Il ne peut donc pas tirer utilement parti de cette somme, ni en percevoir les intérêts.

Et, par conséquent, il serait constitué en perte, si les intérêts de la somme, qui lui est due, cessaient de courir.

3° Ajoutons, enfin, que cette solution crée une choquante inégalité, tout entière à l'avantage du déposant et au détriment du dépositaire.

La compensation facultative dépendant, en effet, de la volonté du déposant, celui-ci ne la proposerait qu'autant qu'il serait de son intérêt, à lui, de le faire!

Il est vrai sans doute que la compensation est facultative de sa part.

Mais au moins ne faut-il pas la rendre inique dans son résultat!

Voilà pourquoi nous concluons qu'elle ne rétroagit pas plus dans ce cas que dans les autres, au jour où les deux dettes ont coexisté; mais qu'elle n'a, au contraire,

d'effet que du jour où elle a été opposée. (Comp. Toullier, t. IV, n° 385; Colmet de Santerre, t. V, n° 251 *bis*, VI; Desjardins, p. 463-464.)

674. — La compensation facultative s'opère, avons-nous dit, par la volonté unilatérale de celui des débiteurs, dans l'intérêt duquel la compensation légale était empêchée.

Le consentement de l'autre débiteur n'y est pas nécessaire.

Mais, bien entendu, une fois qu'elle est opérée, par la renonciation de l'un des débiteurs, acceptée par l'autre, elle est définitivement accomplie.

Et elle ne saurait être révoquée :

Ni par la volonté unilatérale de l'une des parties;

Ni même par leur consentement mutuel, du moins au préjudice des droits, qui ont été acquis aux tiers. (Art. 1262, 1263; comp. Desjardins, p. 464.)

675. — Il est encore une autre espèce de compensation, que l'on a appelée *conventionnelle*.

Et son nom même suffit à la définir.

C'est celle, qui s'accomplit en dehors des conditions requises pour la compensation légale, mais qui, à la différence de la compensation facultative, ne peut s'accomplir que par le consentement mutuel des parties.

« La compensation, disait Charondas, peut être divisée en la volontaire et en la nécessaire; la volontaire est celle qui se fait entre ceux qui la veulent et consentent. » (*Pandect. du Droit français*, liv. II, chap. XXXIX.)

La manière, dont elle s'opère, fait en même temps connaître le moment où elle s'opère et quels en sont les effets.

Comme elle dérive de la convention des parties, elle s'opère à l'instant qu'il leur convient de déterminer; et ses effets sont ceux, qu'il leur convient d'y attacher.

C'est le principe de la liberté des conventions. (Art. 1134.)

Aussi, les rédacteurs de notre Code, qui n'ont pas réglementé la compensation dite facultative, n'ont pas davantage réglementé la compensation dite conventionnelle.

676. — Les parties sont donc libres d'établir cette compensation conventionnelle, soit *in futurum*, soit *in præsens*.

In futurum, c'est-à-dire qu'elles peuvent convenir que, lors de l'échéance des dettes, la compensation s'accomplira.

De même, en effet, que nous avons vu qu'elles peuvent convenir, d'avance, que la compensation ne s'accomplira pas, lors même que les dettes réuniraient les conditions requises pour la compensation légale (*supra*, n° 604);

De même, elles peuvent convenir que la compensation s'accomplira, lors même que les dettes ne réuniraient pas ces conditions.

§ III.

DE LA COMPENSATION RECONVENTIONNELLE.

SOMMAIRE.

677. — Définition. — Exposition.
678. — Division.
679. — A. — Dans quels cas la reconvention, à fin de compensation, peut avoir lieu. — Historique.
680. — Suite.
681. — Le législateur du Code Napoléon ne s'est point occupé de la reconvention. — La seule disposition, qui s'y rattache, se trouve dans l'article 464 du Code de Procédure. — Texte de cet article.
682. — Suite.
683. — Suite.
684. — Suite.
685. — Suite.
686. — Le demandeur principal, réactionné, *reconvenu* par le défendeur, peut-il, à son tour, le réactionner, le *reconvenir?*
687. — B. — De quelle manière s'opère la compensation reconventionnelle.
688. — Observation sur la compensation facultative.
689. — Quel est le pouvoir du juge, en matière de demandes reconventionnelles à fin de compensation?
690. — Suite.

691. — C. — Quels sont les effets de la compensation reconventionnelle ?
692. — Un débiteur peut-il saisir-arrêter lui-même, en ses propres mains, ce que son créancier lui doit?
693. — Suite.

677. — « *Reconvention, conclusions, par lesquelles le défendeur se constitue demandeur à son tour.* »

Le Glossaire du Droit français, à qui nous empruntons cette définition, ajoutait qu'*une reconvention bien fondée, emporte, de droit, la compensation* (*Inst. cout.* de Loysel, t. II, p. 49, édition Dupin et Laboulaye).

Je suis tenu, envers Paul, d'une dette, qui réunit toutes les conditions requises pour la compensation légale; et, notamment, elle est liquide.

Paul m'actionne donc en payement de cette dette.

Mais Paul, de son côté, est tenu, envers moi, d'une dette, qui réunit aussi les conditions nécessaires pour la compensation, moins une pourtant; elle n'est pas liquide.

Que faire?

Opposer la compensation légale?

Je ne le puis pas! puisque l'une des conditions y manque.

Et la compensation facultative?

Non plus! puisque la condition, qui manque, n'est pas exigée dans mon intérêt, à moi, mais dans l'intérêt de mon adversaire.

A défaut de la compensation légale et de la compensation facultative, serais-je donc réduit, sur la demande que Paul a formée contre moi, à lui payer ce que je lui dois;

Pour former ensuite, à mon tour, contre lui, une autre demande, devant un autre Tribunal peut-être, afin d'obtenir une condamnation, dont je ne retirerai rien, si Paul est insolvable?

Eh bien! non; une dernière ressource m'est encore offerte : la reconvention!

C'est-à-dire que je puis former, devant le même Tribu-

nal, que Paul a saisi de sa demande contre moi, une demande incidente contre lui, afin que le Tribunal, saisi des deux demandes, puisse constater et liquider ma créance, et prononcer en conséquence, entre nos deux dettes, la compensation.

Voilà la compensation par voie de reconvention, que nous avons appelée, par abréviation, la compensation reconventionnelle.

C'est une nouvelle demande opposée à la première demande.

Convenire, dans la terminologie latine, c'est actionner; *reconvenire*, c'est réactionner.

C'est le défendeur, en effet, réagissant contre le demandeur, et se constituant, à son tour, devant le même juge, demandeur contre lui :

« *Reconventio est mutua rei petitio, ad petitionem actoris redacta.* » (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Reconvention.*)

678. — Ce n'est pas ici le lieu d'exposer la théorie des demandes reconventionnelles.

Nous nous bornerons donc à l'examiner, dans ses rapports avec la compensation, qui en est d'ailleurs, non pas sans doute la seule application, mais du moins l'une des applications les plus importantes.

Et nous rechercherons, comme nous l'avons fait pour la compensation facultative :

A. Dans quels cas elle peut avoir lieu;

B. De quelle manière elle s'opère;

C. Quels en sont les effets.

679. — A. Les mêmes obstacles, qui, pendant si longtemps, dans notre ancien Droit français, s'opposèrent à l'avénement de la compensation, s'opposèrent, de même et plus encore peut-être, à l'avénement de la reconvention (*supra*, n° 479).

Plusieurs coutumes l'interdisaient expressément. (Comp. l'*Ancienne Cout. de Paris*, art. 75; *Cout. de Bourbonnais*, art. 85; *de Blois*, art. 169; et d'autres encore.)

Et celles, en petit nombre, qui l'avaient admise, la soumettaient à des conditions étroites et rigoureuses.

Telle était notamment la nouvelle Coutume de Paris, dont l'article 106, devenu célèbre en cette matière, était ainsi conçu :

« Reconvention en cour laye n'a lieu, si elle ne dépend de l'action, et que la demande en recouvrement soit la défense contre l'action premièrement intentée; et, en ce cas, le défendeur, par le moyen de ses défenses, se peut constituer demandeur. »

D'où il résultait que deux conditions y étaient requises, à savoir :

1° Que la reconvention dépendît de l'action;

2° Qu'elle fût connexe à la première demande; de manière qu'elle pût être opposée par voie de défense.

C'est-à-dire qu'il fallait que la reconvention procédât *ex pari causa*, comme on disait, et non pas *ex causa dispari*, *ex diversa causa*.

Loysel en avait fait une de ses règles :

« Reconvention n'a point lieu, fors la même chose, « dont le plaid est. » (*Inst. cout.*, liv. V, tit. II, règle II, édit. Dupin et Laboulaye.)

Ajoutons que les Coutumes exigeaient également que les parties fussent *ejusdem fori*. (Comp. *Cout. de la Moselle*, chap. XIV, art. 101.)

680. — Mais il advint aussi de la reconvention ce qui était advenu de la compensation.

Le temps et les usages modifièrent successivement la rigueur primitive du Droit coutumier.

Et déjà, vers la fin du dix-septième siècle, il ne restait presque plus rien des restrictions de l'article 106 de la Coutume de Paris.

« Cet article est très-mal pratiqué! » s'écriait Duplessier, avec plus de regret, paraît-il, que de satisfaction. (Liv. II, chap. I, sect. II.)

Le Camus écrivait de même :

« Nous avons entièrement changé cet article, et l'avons ainsi dressé : en toutes Cours, reconvention a lieu; et se peuvent former telles demandes incidentes, que le défendeur voudra par ses défenses.... L'usage a prévalu sur la coutume; et on a admis les reconventions en toutes sortes de causes. » (Comp. Ferrières, *Sur la Cout. de Paris;* Guy-Coquille, *Quest.* CCCVII.)

681. — Le législateur de 1804 n'a édicté, dans le Code Napoléon, aucune disposition sur la reconvention.

C'est dans le Code de Procédure, que nous trouvons la seule disposition, qui s'y rapporte.

L'article 464, premier alinéa, de ce Code est ainsi conçu :

« Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle « demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou « que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action « principale. » (Comp. aussi sur la question de compétence, en matière de reconvention, l'art. 2 de la loi du 11 avril 1838, et les art. 7 et 8 de la loi du 25 mai 1838.)

682. — Cet article consacre, comme on voit, l'ancienne jurisprudence coutumière, dans son dernier état.

Tandis que l'article 106 de la Coutume de Paris exigeait, *conjonctivement*, l'une *et* l'autre condition;

L'article 464 du Code de Procédure se borne à exiger *disjonctivement*, l'une *ou* l'autre, conformément à la pratique, qui avait autrefois déjà prévalu.

D'où il suit qu'une nouvelle demande peut être formée en cause d'appel :

1° Lorsqu'il s'agit de compensation, sans qu'il soit, dans ce cas, nécessaire que la nouvelle demande soit la défense à l'action principale;

2° Lorsqu'il ne s'agit pas de compensation; mais alors sous la condition que la nouvelle demande sera la défense à l'action principale.

Voilà le texte!

Ajoutons que cette exception spéciale, lorsqu'il s'agit de compensation, est suffisamment justifiée par la faveur, que ce mode d'extinction des obligations mérite, et par les avantages, qui en résultent, au double point de vue de l'intérêt privé et de l'intérêt public : simplification des procédures, économie de temps et de frais.

685. — Il faut reconnaître toutefois que cette exception est considérable!

Notons, en effet, que c'est en cause d'appel, que la compensation peut être opposée, pour la première fois, par une demande reconventionnelle, lors même que cette demande n'est pas une défense à la demande principale!

C'est-à-dire que voilà un procès nouveau et différent, qui s'introduit dans le procès déjà commencé, pour être jugé en même temps..., *processus simultaneus*, suivant le mot des anciens docteurs.

De sorte que le demandeur principal, constitué ainsi défendeur à la demande reconventionnelle, va se trouver, sur ce chef, privé de la garantie des deux degrés de juridiction!

Aussi, Toullier blâme-t-il cette disposition de l'article 464.

Il est vrai que le savant auteur se montre fort hostile *aux reconventions, qui ne sont,* dit-il, *le plus souvent que des incidents imaginés par un plaideur subtil et déterminé pour embrouiller une affaire, dont le succès paraît douteux ou désespéré, ou pour en retarder le jugement.* (T. IV, n° 409.)

Le reproche peut être exact dans une certaine mesure.

Mais ce serait, à notre avis, une exagération d'en conclure que la reconvention n'a que des inconvénients.

Elle a, au contraire, aussi de grands avantages; c'est

à la sagesse et à l'expérience des magistrats qu'il appartient de la maintenir dans les limites où elle conserve le caractère d'utilité privée et publique, que nous lui avons reconnu. (*Supra*, n° 682.)

684. — Supposons pourtant que la demande reconventionnelle formée, pour la première fois, en appel, par le défendeur, excède le montant de la première demande.

Paul a obtenu, en première instance, contre Pierre, un jugement, qui le condamne à lui payer une somme de 20 000 fr., dont il est déclaré débiteur.

Pierre en porte l'appel; et, devant la Cour, il forme, contre Paul, une demande reconventionnelle, afin de le faire déclarer débiteur, envers lui, d'une somme de 30 000 francs.

C'est bien, nous le supposons, une nouvelle demande, *ex causâ dispari*, et qui n'est pas seulement une défense à la demande principale.

Cette nouvelle demande sera-t-elle recevable en appel?

En d'autres termes, la compensation, par voie de reconvention, est-elle proposable, pour la première fois, en appel, bien que la créance, opposée en compensation, soit supérieure à la créance, qui forme l'objet de la demande?

Nous le croyons ainsi.

Et telle est la doctrine, que la Cour de cassation a consacrée par un arrêt remarquablement motivé :

« Vu les articles 464 et 480 du Code de Procédure; — sur le premier moyen, pris de la violation de l'article 464 précité, en ce que l'arrêt attaqué aurait prononcé, contre le demandeur en cassation, une condamnation, qui n'aurait pas été demandée devant les premiers juges; — Attendu que l'article 464 du Code de Procédure dispose que l'exception de compensation peut être opposée pour la première fois en cause d'appel; — Que cet article ne distingue pas et ne pouvait pas distinguer entre le cas

où la compensation a seulement pour effet d'éteindre l'action principale, et celui où, supérieure au chiffre de cette action, elle peut devenir elle-même la cause d'une condamnation ; —Attendu que la Cour impériale, régulièrement saisie de l'appréciation, d'où procède l'exception de compensation, peut, sans violer la règle des deux degrés de juridiction, prononcer une condamnation pour le surplus de la somme opposée en compensation ; — Qu'elle ne pourrait refuser cette condamnation et renvoyer, pour la prononcer, devant le Tribunal de première instance, sans scinder la cause unique de l'exception et exposer la partie à des décisions contraires.... » (10 janv. 1853, Suchet-Damas, Dev., 1853, I, 624.)

Ces motifs nous paraissent, en effet, décisifs (comp. Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Appel*, § XIV, art. 1, n° 16, 9° et 10°; Taillandier, *de l'Appel*, p. 366 ; Boitard et Colmet-d'Aage, sur l'art. 464, Cod. de Procéd.; Larombière, art. 1293, n° 19 ; Desjardins, p. 514-515).

685. — L'article 148 du projet de loi de la Cour de cassation portait :

« La reconvention ne sera point recevable, si le juge est incompétent à raison de la matière, qui fait l'objet de la reconvention. »

Quoique ce projet n'ait pas été converti en disposition législative, il n'en faut pas moins considérer comme certaine la règle, qu'il renfermait.

Cette règle est, en effet, aussi ancienne que la reconvention elle-même (comp. Desjardins, p. 545).

Et elle repose sur des principes d'ordre public si évidents, que l'on est autorisé à dire qu'il n'était pas nécessaire de la consacrer par un texte.

Ces principes sont ceux qui règlent l'ordre des juridictions, et marquent, à chacune d'elles, sa limite, *ratione materiæ*. (Comp. art. 170, Cod. de Procéd.)

S'il n'est plus nécessaire que les parties soient *ejusdem fori*, du moins faut-il que l'incompétence du Tribunal

n'existe, en ce qui les concerne, que *ratione personæ*, et que, par conséquent, la juridiction puisse être prorogée. (Comp. art. 168-169, Code de Procéd.)

La reconvention, en effet, implique, par elle-même, cette prorogation.

« Il y a, disait M. Henrion de Pansey, une autre espèce de prorogation, que l'on appelle prorogation légale, parce que, autorisée par la loi, elle s'opère par le fait seul du défendeur; c'est la reconvention. » (*De l'Organisation judiciaire*, t. I, chap. XXI; Bourbeau, t. I, p. 83-84; Larombière, t. III, art. 1293, n° 25.)

686. — Le demandeur principal, réactionné, *reconvenu*, par le défendeur, peut-il, à son tour, le réactionner, le *reconvenir*, comme disaient nos anciens ?

Non!

C'est une maxime traditionnelle, et que nous avons toujours conservée, que *reconvention sur reconvention ne vaut.*

Il est facile d'apercevoir, en effet, les complications, dans lesquelles on pourrait être entraîné par ces demandes respectives, qui s'enchevêtreraient les unes dans les autres!

C'est alors vraiment que les reconventions mériteraient bien les reproches de Toullier!

Les procédures deviendraient inextricables, si on admettait ces *replicationes*, *duplicationes*, *triplicationes!* (*Inst.*, lib. IV, tit. XIV.)

Il faut donc poser en principe que le demandeur primitif ne peut, de son côté, former une reconvention nouvelle; à moins, bien entendu, que cette reconvention ne puise sa source dans le titre même, qui sert de fondement à la reconvention du défendeur primitif.

Un arrêt, il est vrai, a jugé que, dans le cas où le débiteur oppose, en appel, une compensation résultant de la liquidation d'une créance postérieure à la décision des premiers juges, le créancier, de son côté, afin de

faire maintenir cette décision, est recevable à lui opposer de nouvelles créances survenues depuis l'instance. (Cass., 29 mars 1841, *J. du P.*, 1841, t. II, p. 140.)

Mais c'est qu'il s'agissait, non pas d'une compensation reconventionnelle, mais d'une compensation légale. (Comp. Toullier, t. IV, n° 415; Larombière, t. III, art. 1293, n° 23.)

687. — B. Est-ce la peine de mettre en question de quelle manière la compensation reconventionnelle s'opère?

Évidemment, elle est judiciaire, puisqu'elle résulte de la décision du juge, que le défendeur originaire doit saisir incidemment, à cet effet, par une demande. (Art. 397, Code de Procéd.)

Il ne lui suffirait pas d'opposer une simple exception de compensation.

En quoi, la compensation reconventionnelle diffère de la compensation, soit légale, soit facultative.

Pour se prévaloir de la compensation légale, non-seulement une demande n'est pas nécessaire; mais on peut dire, dans la logique rigoureuse du droit, qu'une demande n'est même pas possible!

En effet, les deux dettes s'étant éteintes de plein droit, dès l'instant où elles ont coexisté, les deux actions, qu'elles produsaient, se sont aussi en même temps éteintes.

Et comme il n'y a plus de demande, plus de *convention* possible de la part de l'un des anciens débiteurs, il n'y a pas davantage de demande, ni de *reconvention* possible, de la part de l'autre!

S'il arrive donc que l'un d'eux forme une demande, l'autre peut lui opposer, *de plano*, l'exception de compensation, comme il lui opposerait l'exception de payement.

Car les deux dettes se sont éteintes par la compensa-

tion légale, comme elles se seraient éteintes par le payement.

Aussi, faut-il tenir pour certain que l'article 464 du Code de Procédure, qui suppose une demande à fin de compensation, a seulement en vue la compensation par voie de reconvention, et non point la compensation légale. (Comp. Cass., 1er juin 1851, Lavallée, Dev., 1851, I, 740.)

688. — La même observation est applicable, *mutatis mutandis*, à la compensation facultative.

Une demande incidente *ad hoc* n'est pas non plus nécessaire de la part de celui qui a la faculté de la proposer.

Il suffit qu'il déclare renoncer à son droit et consentir à ce que l'obstacle, qui, dans son intérêt particulier, s'opposait à la compensation, disparaisse.

Seulement, bien entendu, il faudra qu'il paye les frais, qui auront pu être faits jusque-là par son adversaire; car, jusque-là, en effet, la demande formée contre lui, était bien fondée. (Comp. Larombière, t. III, art. 1293, n° 20.)

689. — Voilà donc le juge saisi, par le défendeur, d'une demande reconventionnelle à fin de compensation.

En quoi consiste alors son pouvoir?

Deux intérêts contraires sont en présence :

D'une part, celui du demandeur principal, dont la créance, certaine et liquide, ne saurait être tenue trop longtemps en échec, par une demande reconventionnelle, qui nécessiterait une instruction et des retards;

D'autre part, celui du défendeur, menacé peut-être de ce danger, auquel précisément il s'efforce d'échapper, d'être obligé de payer ce qu'il doit, sans pouvoir recouvrer ce qui lui est dû.

Dans le silence de nos lois sur cette matière, c'est aux magistrats, à leur discernement, à leur équité, qu'il appartient de concilier ces deux intérêts.

Car c'est surtout de la reconvention, qu'il est vrai de dire qu'elle est une compensation d'équité!

Les magistrats, en effet, peuvent donc, suivant les circonstances :

Soit, en joignant les instances, surseoir à statuer sur la demande principale, jusqu'à ce que la demande reconventionnelle soit en état; de manière à statuer sur le tout par un seul et même jugement;

Soit, en disjoignant les instances, statuer de suite seulement sur la demande principale, en rejetant la demande reconventionnelle, sauf au défendeur à former, séparément, s'il le veut, une autre demande principale.

690. — Quant aux circonstances, qui sont de nature à déterminer les juges pour l'un ou pour l'autre de ces partis, elles dépendent évidemment de chaque espèce.

Nous les avons déjà, par avance, exposées, en citant plus haut la Constitution de Justinien, qui renferme, sur ce point, de judicieuses recommandations (*supra*, nos 523 et suiv.).

Évidemment aussi, la demande reconventionnelle sera plus ou moins facilement admise :

Suivant que les deux demandes, la principale et la reconventionnelle, seront toutes les deux des causes sommaires ou ordinaires; ou que la première étant une cause ordinaire, la seconde sera une cause sommaire; ou réciproquement;

Suivant que le demandeur principal présentera un titre à l'appui de sa créance; tandis que le demandeur reconventionnel n'en présentera pas (comp. Cass., 22 juill. 1872, Puech, Dev., 1874, I, 32).

Le caractère, plus ou moins apparent, de bonne foi, avec lequel se présentera la demande reconventionnelle, sera certes également une puissante recommandation en sa faveur, surtout si, en effet, elle laisse apercevoir déjà, par elle-même, que la créance, réclamée reconventionnel-

lement, existe et que la liquidation en pourra être faite sans retard (comp. Cass., 4 août 1851, Chorin, Dev., 1851, I, 809; Merlin, *Répert.*, v° *Compensation*, § 11, n° 1; Toullier, t. III, n° 411; Larombière, t. III, art. 1293, n° 20).

691. — C. Les effets de la compensation légale datent, avons-nous dit, de l'instant où les deux dettes ont coexisté.

Les effets de la compensation facultative datent de l'instant où elle a été opposée.

Reste à savoir de quel instant datent les effets de la compensation reconventionnelle.

Est-ce de l'instant où la demande reconventionnelle a été formée?

Est-ce seulement de l'instant où la décision judiciaire l'a admise?

Cette dernière solution est celle de M. Colmet de Santerre :

« D'abord, dit notre savant collègue, ces effets ne sont pas produits, comme en cas de compensation légale, du jour de la coexistence des deux dettes; secondement, ils ne se produisent pas même du jour où la compensation est demandée; car elle n'est pas, comme la compensation facultative, nécessairement admise, quand elle est invoquée; elle ne constitue pas un droit pour celui qui l'invoque; elle dépend du juge qui peut la refuser; et, dès lors, elle ne peut produire d'effet que du jour où le juge l'a admise. » (T. V, n° 251 *bis*, VIII.)

L'argument, sur lequel cette solution est appuyée, est certainement fort sérieux.

Mais, pourtant, c'est un principe général que les jugements sont simplement déclaratifs des droits des parties, et que, par conséquent, les effets en remontent au jour de la demande.

Le juge pouvait ne pas admettre la demande reconventionnelle du défendeur!

Il est vrai.

Mais il l'a admise.

Or, en l'admettant, n'a-t-il pas déclaré que le défendeur avait eu raison de la former, dès le jour même de la demande?

C'est ce qui nous paraîtrait plus juridique et plus conforme au principe général, que nous venons de rappeler, sur l'effet des décisions judiciaires. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 237; Larombière, t. III, art. 1293, n° 26.)

692. — Une dernière observation nous reste à présenter.

La compensation reconventionnelle, dont nous venons d'exposer les règles, suppose que le débiteur de la dette liquide, qui est créancier de la dette non liquide, est actionné par son créancier; et c'est, en effet, dans cette instance, qu'il forme sa demande reconventionnelle.

Mais si son créancier ne l'actionne pas?

Est-ce qu'il va être forcé de laisser, en quelque sorte, suspendu sur sa tête ce danger, que la reconvention a pour but de prévenir : le danger de payer ce qu'il doit, sans pouvoir recouvrer ce qui lui est dû?

Qu'il prenne l'initiative! Qu'il actionne lui-même son débiteur, qui est son créancier, afin de faire liquider sa dette et d'arriver ainsi à la compensation.

Assurément oui, il peut le faire; et s'il y a danger, il doit le faire le plus tôt possible.

Mais, quelque diligence qu'il y mette, un autre danger encore le menace, qui pourrait déjouer ses combinaisons, et lui faire perdre sa créance!

Ce danger, c'est que son créancier cède à un tiers la créance, qui lui appartient, et ne rende ainsi la compensation impossible!

Y a-t-il un moyen de conjurer cet imminent péril?

Il y en aura un sans doute, si l'on admet la possibilité

de *la saisie-arrêt sur soi-même*, c'est-à-dire si on décide qu'un débiteur peut saisir-arrêter lui-même, en ses propres mains, ce que son créancier lui doit.

Mais la saisie-arrêt sur soi-même est-elle possible ?

Telle est donc finalement notre question.

Cette question a été diversement résolue.

C'est ainsi que la Cour d'Amiens a décidé que celui, qui est, vis-à-vis de la même personne, créancier d'une somme non liquide, et débiteur d'une somme liquide, ne peut faire saisie-arrêt sur soi-même, de la somme, dont il est débiteur. (5 août 1826, Michon, D., 1829, II, 216 ; Comp. Pigeau, *de la Procéd. civ.*, t. II, p. 73 ; Carré, n° 1625 ; Berriat-Saint-Prix, p. 523, note 32.)

693. — La solution contraire a toutefois prévalu, et très-justement, à notre avis.

Nous ne saurions mieux la justifier qu'en citant les motifs d'un jugement du tribunal civil de Lyon, qui la consacre :

« Considérant que les saisies-arrêts en ses propres mains comme en mains tierces, ont toujours été en usage, et qu'aucune disposition du Code ne les prohibe ; — Considérant qu'on ne peut trouver cette prohibition dans les termes du Code, qui, au titre de la saisie-arrêt, ne se sert que du mot : *tiers*, puisque celui qui fait saisir en ses propres mains, réunit toujours deux qualités, celle de créancier et celle de débiteur, et que, en sa qualité de débiteur, il peut être considéré comme un *tiers*, relativement à lui-même, en sa qualité de créancier ; — Considérant, dès lors, qu'il peut, sans inconvénient, remplir, à son égard, toutes les formalités, qu'il remplirait à l'égard d'un tiers ; — Considérant qu'il résulterait du système contraire de grands inconvénients, puisque, d'une part, celui qui aurait la double qualité de créancier et de débiteur, pourrait être exposé à payer sa dette liquide, sans avoir aucune mesure conservatoire pour sa créance, qui ne le serait pas, et que l'insolvabilité de

son débiteur pourrait rendre illusoire; puisque, d'autre part, un créancier de mauvaise foi pourrait céder sa créance à un tiers, qui aurait droit d'en exiger le payement du débiteur, malgré les comptes, que le débiteur pouvait avoir avec son créancier primitif; — Qu'ainsi, si l'on admettait que le saisissant fût incapable d'être en même temps tiers-saisi, sa condition serait moins avantageuse que celle d'un étranger; ce qui ne peut être conforme à l'esprit du Code de Procédure; — Considérant qu'autoriser les saisies-arrêts sur soi-même, n'est point détruire les principes sur la compensation, qui n'a lieu que pour les sommes également liquides, exigibles et dues par les mêmes personnes, mais bien laisser un gage et une ressource à celui qui n'aurait point d'autre moyen de conserver sa créance.... » (12 mars 1823).

Il n'y avait certainement lieu, sur l'appel, que de confirmer un jugement si bien motivé.

C'est ce qu'a fait la Cour de Lyon. (15 juin 1825, Morel, D., 1826, II, 124; comp. Boitard et Colmet-d'Aage, t. II, n° 833; Colmet de Santerre, t. V, n° 251 *bis*, IX et X.)

SECTION V.

DE LA CONFUSION.

SOMMAIRE.

694. — Définition de la confusion.
695. — La confusion s'applique soit aux droits réels, soit aux droits personnels. — De la confusion, en ce qui concerne ses applications aux droits réels. — Renvoi.
696. — De la confusion, en ce qui concerne ses applications aux droits personnels. — Dispositions des articles 1234 et 1300. — Observation.
697. — Différence entre la compensation et la confusion.
698. — Division.
699. — A. — Dans quels cas la confusion a lieu.
700. — Suite.
701. — Suite.
702. — Suite.

703. — Suite.
704. — Suite.
705. — Suite.
706. — L'acceptation bénéficiaire de la succession par l'héritier du débiteur ou du créancier empêche la confusion. — Explication.
707. — Que faut-il décider, en ce qui concerne la séparation des patrimoines, lorsqu'elle est demandée par les créanciers de la succession ou par les légataires contre les créanciers de l'héritier?
708. — Il n'y a pas, en matière de confusion, à s'enquérir de la cause de la dette, ni de son objet, ni des différentes modalités, dont elle pourrait être affectée.
709. — Faut-il du moins s'enquérir si la dette est civile ou naturelle?
710. — La confusion ne peut s'opérer qu'autant que la même personne se trouve avoir tout à la fois la pleine propriété de la créance, dont elle était débitrice, ou qu'elle devient débitrice de la créance, dont la pleine propriété lui appartenait.
711. — La confusion ne saurait non plus s'opérer, lorsque celui, qui était originairement créancier, a cédé à un tiers sa créance, avant l'événement qui aurait pu la produire.
712. — Suite.
713. — Du cas où la créance aurait été frappée d'une saisie-arrêt, avant l'événement qui aurait pu produire la confusion.
714. — B. — Quel est l'effet de la confusion? — Exposition.
715. — Suite.
716. — Suite.
717. — Suite.
718. — La confusion n'empêche pas que la créance, qu'elle vient d'atteindre, ne doive être, pour le calcul de la quotité disponible, comprise dans la composition de la masse.
719. — Suite.
720. — Que faudrait-il décider, dans le cas où le créancier ayant fait un legs de sa créance à un tiers, deviendrait héritier du débiteur, e décéderait ensuite, sans avoir changé son testament?
721. — Suite.
722. — Suite.
723. — Transition. — Texte de l'article 1301.
724. — La confusion, qui s'opère dans la personne du débiteur principal, profite à ses cautions. — Explication.
725. — Suite.
726. — La confusion, qui s'opère dans la personne de la caution, n'entraîne pas l'extinction de l'obligation principale. — Explication.
727. — Suite.
728. — Suite.
729. — La confusion, qui s'opère dans la personne du créancier, ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion, dont il était débiteur. — Explication. — Renvoi.
730. — La disposition finale de l'article 1301 et la disposition de l'article 1209 doivent-elles être appliquées à la solidarité active, comme à la solidarité passive? — Explication. — Renvoi.

731. — De la confusion, qui s'opère, par la réunion, dans la même personne, des deux qualités de débiteur principal et de caution.
732. — Suite.
733. — Suite. — Exposition.
734. — I. — Du cas où le débiteur principal peut opposer au créancier une exception, qui ne peut pas lui être opposée par la caution.
735. — II. — Du cas où la caution a fourni elle-même une caution, un certificateur de caution.
736. — III. — Du cas où la caution a fourni un gage ou une hypothèque.
737. — Du cas où un débiteur solidaire devient héritier de l'un de ses codébiteurs.
738. — C. — La confusion, lorsqu'elle s'est une fois opérée, peut-elle être ensuite anéantie ou résolue rétroactivement? — Distinction.
739. — *a.* — Du cas où la confusion cesse, en vertu d'une cause nouvelle et volontaire.
740. — *b.* — Du cas où la confusion cesse, en vertu d'une cause ancienne et nécessaire.
741. — Suite.
742. — Suite.
743. — Suite.
744. — Suite.

694. — « La confusion est un effet produit par la réunion, dans une personne, de deux qualités juridiques, qui doivent, pour être valables et efficaces, reposer sur deux têtes distinctes. »

Telle est la définition, qu'en présente notre honorable collègue, M. Labbé, dans son excellente Étude (*sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due et à la confusion, en Droit romain*, n° 130).

On ne saurait mieux définir la confusion, dont nous avons ici à nous occuper.

Car c'est à peine s'il est nécessaire de remarquer, comme l'ont fait Duranton (t. XII, n° 467) et Toullier (t. IV, n° 421), que le mot : *confusion,* est encore employé juridiquement dans un autre sens, pour exprimer le mélange de plusieurs matières appartenant à différentes personnes.

Cette espèce de confusion, que la loi, en effet, appelle *mélange*, est une manière d'acquérir la propriété par droit d'accession ; elle n'a rien de commun avec la con-

fusion, que doit faire, à cette place, l'objet de notre étude. (Comp. art. 573-575; notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété; de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation*, t. II, nos 202-203.)

695. — La confusion, considérée, d'après la définition, qui précède, comme la réunion, dans le même sujet, de deux qualités incompatibles, s'applique soit aux droits réels, soit aux droits personnels.

Nous l'avons exposée déjà dans quelques-unes de ses applications aux droits réels :

1° En matière d'usufruit, dans l'article 617, par lequel le législateur dispose que l'usufruit s'éteint :

« *Par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire.* »

Consolidation, qui n'est, comme on voit, que la *confusion.* (Comp. notre *Traité* précité, t. II, n° 682.)

2° En matière de servitudes, dans l'article 705, par lequel le législateur dispose que :

« *Toute servitude est éteinte, lorsque le fonds à qui elle est due, et celui, qui la doit, sont réunis dans la même main.* » (Comp. art. 637; notre *Traité des Servitudes ou services fonciers*, t. II, n° 981.)

Nous en retrouverons encore d'autres applications, notamment en matière d'hypothèques, lorsque les deux qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire de l'immeuble hypothéqué se réunissent dans la même personne.

Mais ce sujet n'est pas, en ce moment, le nôtre.

696. — La confusion, que nous devons étudier actuellement, est celle qui s'applique aux droits personnels.

Aux termes de l'article 1300 :

« Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se
« réunissent dans la même personne, il se fait une con-
« fusion de droit, qui éteint les deux créances. »

Ainsi donc, d'après ce texte, la confusion est un mode d'extinction des obligations.

Et c'est, en effet, avec ce caractère, qu'elle est rangée, par l'article 1234, dans la nomenclature des autres modes, en vertu desquels les obligations s'éteignent.

Nous allons, toutefois, revenir sur cette assimilation, qui n'est pas, à beaucoup près, absolument exacte! (*Infra*, n° 714.)

697. — La définition, que l'article 1300 en donne, conviendrait mieux, il faut le reconnaître, à la compensation qu'à la confusion.

Après avoir supposé le cas où *les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne* (ce qui arrive, en effet, aussi dans la compensation),

Notre texte ajoute qu'il se fait une confusion de droit, qui éteint *les deux créances !*

Les deux créances !

Mais c'est la compensation, qui éteint deux créances!

Ce n'est pas la confusion, qui n'en éteint qu'une!

Dans la confusion, les qualités de débiteur et de créancier se réunissent bien, sans doute aussi, dans la même personne; mais ce n'est pas pour deux dettes différentes, c'est pour une seule et même dette !

C'est uniquement cette dette, qui se trouve éteinte par la confusion ; ou, si l'on veut, c'est la créance d'un côté, et la dette de l'autre ; c'est l'obligation passive pour le débiteur, active pour le créancier ; mais toujours la même créance, la même obligation.

Cela est incontestable ; et la formule de l'article 1300 n'est évidemment pas exacte.

Le législateur l'a-t-il ainsi redigée, sous la préoccupation, où il se trouvait encore, de la matière de la compensation, dont il venait de s'occuper?

Il se pourrait !

Il n'est pas toutefois sans intérêt de remarquer cette inexactitude de rédaction ; car les principes, qui gouvernent la compensation, sont très-différents des principes,

qui gouvernent la confusion; et les effets de ces deux modes d'extinction des obligations sont loin d'être les mêmes.

La distinction, qui les sépare, ne paraît pas peut-être avoir été suffisamment observée dans un arrêt de la Cour de Cassation du 13 mars 1833 :

« Attendu de plus que, dans l'espèce, le vendeur se trouvant débiteur d'une partie du prix, qu'il avait reçue, et créancier de la valeur des effets et marchandises enlevés ou revendus, il s'opérait, en sa personne, confusion jusqu'à concurrence.... » (Legros, D., 1833, I, 247.)

Mais puisqu'il y avait là deux créances : l'une, du vendeur contre l'acheteur; l'autre, de l'acheteur contre le vendeur, ce n'était pas un cas de confusion !

C'était, tout au contraire, un cas de compensation, soit légale, soit judiciaire, d'après les faits de l'espèce.

698. — Nous avons à examiner, sur la confusion, les trois points suivants :

A. Dans quels cas elle a lieu;

B. Quel en est l'effet;

C. Dans quels cas elle est résolue; et quel est l'effet de cette résolution.

699. — A. Il est clair qu'il faut supposer, pour comprendre la confusion, que les deux qualités de créancier et de débiteur sont nées d'abord sur deux têtes différentes.

Puisqu'il n'y a, en effet, qu'une seule créance et une seule dette, cette créance et cette dette n'auraient pas pu naître, si les deux qualités n'avaient pas été séparées à leur origine.

C'est donc leur réunion postérieure dans la même personne, qui les anéantit.

On ne saurait être créancier, pas plus que débiteur de soi-même; on ne saurait surtout se poursuivre soi-même!

Et c'est précisément de cette impossibilité de poursuite, que résulte l'espèce de paralysie, dont l'obligation

se trouve atteinte par la réunion, dans la même personne, des deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur, qui se neutralisent et se tiennent, pour ainsi dire, en échec par leur rencontre.

Comment et dans quels cas a lieu cette rencontre, cette réunion?

Le cas le plus ordinaire est celui de la succession, lorsque le débiteur devient héritier du créancier, ou lorsque le créancier devient héritier du débiteur.

On a coutume d'ajouter un autre cas : lorsque une tierce personne devient tout à la fois l'héritier du débiteur et du créancier.

Mais la vérité est que ce troisième cas n'est pas distinct des deux premiers.

A moins de supposer, en effet (ce qui n'est guère supposable!), que le créancier et le débiteur sont morts tous les deux au même instant, le tiers sera devenu héritier du créancier, avant de devenir héritier du débiteur, ou bien héritier du débiteur, avant de devenir héritier du créancier, suivant que l'un ou l'autre sera mort le premier.

Et alors, la confusion aura lieu, d'après l'une des deux premières combinaisons, que nous venons d'indiquer.

Est-ce le créancier, qui est mort le premier?

Le tiers, devenu d'abord créancier, deviendra ensuite débiteur.

Est-ce le débiteur, qui est mort le premier?

Le tiers, devenu d'abord débiteur, deviendra ensuite créancier.

De sorte que c'est, dans tous les cas, le créancier, qui succédera au débiteur, ou le débiteur qui succédera au créancier. (Comp. Pothier, n° 642; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 241; Larombière, t. III, art. 1300, n° 2; Colmet de Santerre, t. V, n° 252 *bis*, II.)

700. — Il est bien entendu que, sous cette dénomination d'héritier, il faut comprendre non-seulement les

héritiers légitimes, mais aussi les successeurs irréguliers, et plus généralement tous les successeurs universels ou à titre universel, tels que les légataires ou les donataires de biens à venir par contrat de mariage;

Tous ceux-là, en un mot, qui, succédant *in universum jus defuncti*, se trouvent *loco hæredum.*

701. — Ajoutons que la confusion peut aussi résulter d'une transmission à titre particulier.

Les deux qualités de créancier et de débiteur de la même dette se trouvent-elles réunies dans la même personne?

Voilà la seule condition!

La confusion est toujours là où cette condition s'accomplit.

Or, cette condition peut certainement s'accomplir par une transmission à titre particulier, qui réunit, dans la même personne, les qualités de créancier et de débiteur. (Comp. le t. III de ce *Traité*, n° 405; Cass., 11 déc. 1832, Dev., 1833, I, 140; Cass., 19 avril 1848, Guillot, Dev., 1848, I, 285; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 241; Colmet de Santerre, t. V, n° 252 *bis*, III; Larombière, t. III, art. 1300, n° 2.)

702. — La confusion d'ailleurs n'est pas nécessairement totale.

Elle peut n'être que partielle; et c'est ce qui arrive souvent, lorsque le débiteur ne devient héritier que pour partie de son créancier, ou lorsque le créancier ne devient héritier que pour partie de son débiteur.

Duranton fait remarquer avec raison qu'il en est ainsi dans le cas même où la dette est indivisible; car de deux choses l'une : ou les autres héritiers exécutent l'obligation; et alors celui, dans la personne duquel s'est opérée la confusion, est débiteur envers eux, à titre d'indemnité, de la part, qu'il doit supporter dans la dette; ou l'inexécution se convertit en dommages-intérêts; et alors, les dommages-intérêts doivent être supportés par

chacun dans la proportion de sa part héréditaire. (T. XII, n° 469.)

L'incompatibilité donc des deux qualités n'existant alors que dans une certaine limite, ce n'est, en effet, que dans cette limite que la confusion s'opère.

Au delà, la séparation continuant d'exister entre les deux qualités, l'action est possible; et, par conséquent, il n'existe aucun motif pour que l'obligation se trouve paralysée.

Quelle est cette partie, jusqu'à concurrence de laquelle la confusion s'opère, lorsque la succession est dévolue à plusieurs héritiers?

Est-ce la partie, pour laquelle chacun d'eux est appelé à la succession, au jour où elle s'ouvre par le décès du *de cujus?*

Est-ce la partie, qui est attribuée à chacun d'eux par l'effet du partage?

Grave question, qui dépend du point de savoir si l'article 883, qui consacre la règle du partage déclaratif, est ou n'est pas applicable aux créances héréditaires.

Nous avons fourni ailleurs sur cette question, des développements, auxquels il suffit de nous référer. (Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n°s 292 et suiv.; Pothier, n° 648; Duranton, t. XII, n° 469; Toullier, t. IV, n° 422; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 241.)

703. — La confusion peut s'opérer par la réunion, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur principal.

C'est le cas de confusion le plus important (art. 1300).

704. — Elle peut s'opérer par la réunion, dans la même personne, des qualités de débiteur principal et de débiteur accessoire (art. 1301).

Nous aurons aussi à déterminer les effets de cette espèce de confusion. (Art. 1301; *infra*, n°s 731 et suiv.)

705. — Enfin, faut-il ajouter que la confusion peut s'opérer par la réunion, dans la même personne, des deux

qualités de débiteur principal, lorsqu'il existe, en effet, plusieurs débiteurs principaux?

Voici, par exemple, que l'un des codébiteurs solidaires devient l'héritier de son codébiteur.

Mais est-ce bien là un cas de confusion?

Est-ce que la confusion n'implique pas cette idée que, entre les qualités, qui se réunissent dans le même sujet, l'une est prédominante et l'autre subordonnée, et que la première attire à elle et absorbe la seconde?

Si vous supposez, au contraire, deux qualités égales et de même force, laquelle des deux absorbera l'autre?

On ne saurait le dire!

La conclusion est donc qu'elles s'ajouteront l'une à l'autre, pour continuer d'exister, en même temps, au profit du créancier, qui aura ainsi deux créances, et par suite, deux actions, à son choix, contre le même débiteur. (Comp. *infra*, n° 737; Labbé, n° 206; Colmet de Santerre, t. V, n° 254 *bis*, III.)

706. — En disant que la confusion s'opère, lorsque le créancier devient héritier du débiteur, ou *vice versâ*, nous supposons, bien entendu, un héritier pur et simple; c'est, en effet, seulement à l'héritier, qui accepte purement et simplement la succession, que s'applique la règle que l'héritier continue la personne juridique du défunt, et que le patrimoine héréditaire et son patrimoine personnel se confondent en un patrimoine unique: *hæreditas adita jam non est hæreditas, sed patrimonium hæredis*. (Comp. art. 724, 873, 1220.)

Mais il en est autrement de l'héritier, qui a accepté sous bénéfice d'inventaire.

Car, précisémeut, aux termes de l'article 802:

« L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'hé-
« ritier l'avantage:

« 1° ....

« 2° De ne pas confondre ses biens personnels avec

« ceux de la succession, et de conserver, contre elle, le « droit de réclamer le payement de ses créances. »

Ce ne serait donc pas assez de dire que la confusion est résolue rétroactivement par l'acceptation bénéficiaire de l'héritier, à une époque quelconque postérieure à l'ouverture de la succession. Dès là, en effet, que l'héritier n'avait pas accepté purement et simplement (ce qu'il faut bien supposer, pour qu'il ait pu accepter bénéficiairement), son acceptation bénéficiaire remonte au jour de l'ouverture de la succession; et le principe est que la confusion n'a pas pu avoir lieu (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 181; Colmet de Santerre, t. V, n° 255 *bis*, I; Larombière, t. III, art. 1300, n° 6).

707. — En quoi, la séparation des patrimoines diffère, du bénéfice d'inventaire.

La séparation des patrimoines, en effet, est le plus ordinairement demandée par les créanciers de la succession et par les légataires contre les créanciers de l'héritier, qui a accepté purement et simplement; à ce point que, d'après une doctrine très-accréditée, contre laquelle nous avons cru, pour notre part, devoir élever des objections, les créanciers de la succession et les légataires n'auraient pas besoin de demander la séparation des patrimoines, lorsque l'héritier a accepté bénéficiairement.

Eh bien! donc, l'héritier ayant accepté purement et simplement, la confusion s'est opérée.

Mais ensuite, les créanciers de la succession et les légataires demandent la séparation des patrimoines.

Que va devenir la confusion, qui s'était opérée ?

Elle sera résolue, à compter du jour de l'ouverture de la succession (comp. *infra*, n° 738).

La demande en séparation des patrimoines s'applique, en effet, à tous les biens de sa succession; à ces seuls biens sans doute, avons-nous dit; mais aussi à tous ces

biens! (Comp. art. 878; notre *Traité des Successions*, t. V, n° 128.)

En conséquence, elle doit remettre la succession, sous le rapport de sa composition active et passive, au même état où elle était au moment de son ouverture.

L'héritier était-il débiteur du défunt?

La créance du défunt renaît contre lui, au profit des créanciers de la succession et des légataires.

L'héritier, au contraire, était-il créancier du défunt?

La créance de l'héritier contre le défunt renaît, à son profit et au profit de ses créanciers personnels, contre les créanciers de la succession et les légataires. (Comp. notre *Traité* précité, t. V, n° 133.)

Voilà ce qui résulte des principes, qui gouvernent la séparation des patrimoines.

Ajoutons que cette double solution ne résulte pas moins des principes, qui gouvernent la confusion.

Nous allons, en effet, bientôt poser en principe, que la confusion ne doit pas préjudicier aux tiers.

Or, il est évident qu'elle leur préjudicierait, si les deux solutions, que nous venons de présenter, n'étaient pas admises!

Ne pas faire revivre la créance du défunt contre l'héritier, ce serait porter préjudice aux créanciers de la succession et aux légataires, en diminuant l'actif de la succession;

Et ne pas faire revivre la créance de l'héritier contre le défunt, ce serait porter préjudice aux créanciers personnels de l'héritier, en augmentant cet actif, et en y ajoutant un élément, qui ne s'y trouvait pas, lors de son ouverture. (Comp. Colmet de Santerre, t. V, n° 255 *bis*, I.)

708. — Il n'y a pas d'ailleurs, en matière de confusion, à s'enquérir ni de la cause de la dette, ni de son objet, ni des différentes modalités, dont elle pourrait être assortie.

Que la dette ait pour cause un contrat ou un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit;

Qu'elle ait pour objet un corps certain ou des quantités, fongibles ou non fongibles;

Qu'elle soit pure et simple, à terme ou conditionnelle;

Il n'importe!

Ces différentes circonstances, qui sont décisives, lorsqu'il s'agit de compensation (art. 1291), ne sont, au contraire, nullement à considérer, lorsqu'il s'agit de confusion (art. 1300).

Est-ce dans la même personne, que se trouvent maintenant réunies les qualités de créancier et de débiteur?

La confusion est faite!

C'est la conséquence de notre texte, comme aussi du motif essentiel, d'où résulte la confusion, à savoir : que l'on ne peut être, en aucun cas, débiteur de soi-même, ni créancier de soi-même. (Comp. Cass., 18 juill. 1820, Sirey, 1821, I, 97; Cass., 11 déc. 1832, Dev., 1833, I, 140; Cass., 19 avril 1848, Guillot, Dev., 1848, I, 385; Sebire et Carteret, *Encyclop. du Droit*, v° *Confusion*, n° 14; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 241.)

709. — Faut-il du moins s'enquérir si la dette est civile ou si elle est seulement naturelle?

Pas d'avantage!

Paul est tenu, envers Pierre, d'une obligation naturelle; il lui a, par exemple, emprunté, pendant sa minorité, une somme de 10 000 fr., qu'il a dissipée, et qui n'a pas tourné à son profit.

Mais, à l'âge où il faisait cet emprunt, à vingt ans, il était en pleine possession de sa raison; et, dans son for intérieur, il reconnaît qu'il est obligé, *naturâ,* à restituer à Pierre, cette somme, que Pierre, en effet, confiant dans sa raison et dans sa loyauté, lui a prêtée sans intérêts peut-être, pour lui rendre service et le tirer d'embarras, dans un moment de détresse.

Mais à peine Paul, l'emprunteur, avait-il atteint sa majorité, qu'il décède,

Et c'est Pierre, le prêteur, qui devient son héritier.

Y a-t-il confusion?

Comment serait-il possible de le nier!

Puisque les deux qualités de créancier et de débiteur sont désormais réunies dans la même personne.

Mais à quoi bon? et quelle peut être la conséquence de cette réponse?

Le créancier d'une obligation naturelle n'a pas d'action en justice pour contraindre son débiteur au payement (art. 1235).

Or, comment se pourrait-il qu'il eût, après que l'obligation sera éteinte par la confusion, une action qu'il n'avait pas, lorsque l'obligation existait encore!

La position sera donc la même *après qu'avant*.

Objectera-t-on que, devenu créancier en même temps que débiteur, il peut désormais se payer à lui-même cette dette naturelle?

Mais, répliquerait-on, ce serait un payement *forcé*, que le créancier exigerait du débiteur; tandis que le payement d'une dette naturelle doit toujours être *volontaire*.

Cette réplique, toutefois, ne serait pas victorieuse.

On objecte que c'est le créancier, qui va exiger du débiteur un payement forcé.

Nous répondons, en sens inverse, que c'est le débiteur qui va faire au créancier un payement volontaire!

C'est que, en effet, le débiteur et le créancier étant alors représentés par la même personne, on ne peut plus dire que le payement soit exigé par le créancier contre la volonté du débiteur.

« Le créancier, devenu l'héritier du débiteur, dit fort justement M. Labbé, représente et soutient à la fois les deux termes de l'obligation. Lorsque la dette naturelle est exécutée par une mutation de valeurs entre l'hérédité

et la fortune propre de l'héritier, c'est aussi bien le débiteur, continué par son héritier, qui s'acquitte volontairement, que le créancier, qui s'empare de ce qui lui est dû. Les volontés du créancier et du débiteur s'accordent, puisqu'elles n'en font plus qu'une. » (N° 146.)

Voilà, en effet, ce que décidait Papinien, dans une espèce semblable :

« *Aliquando (confusio) pro solutione cedit, si forte creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, hæres ei extitit; non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequitur; sed in solidum creditum suum ex hæreditate retinet.* » (L. 95, § 2, ff. *de Solut. et Liberat.*)

La doctrine romaine nous paraît très-juridique.

Mais on voit qu'elle se rattache à l'effet de la confusion et à la question de savoir si ce mode d'extinction des obligations doit être, dans certains cas, assimilé au payement.... *an aliquando pro solutione cedat.*

Nous espérons pouvoir bientôt démontrer que la solution de Papinien, en Droit romain, doit être aussi admise dans notre Droit. (Comp. *infra*, n° 718.)

710. — Paul a contre Pierre une créance de 20 000 fr.

Et Jacques a l'usufruit de cette créance.

En cet état, Paul, le créancier, devient héritier de Pierre, le débiteur; ou, réciproquement, Pierre, le débiteur, devient héritier de Paul, le créancier.

La confusion s'opère-t-elle ?

Évidemment non !

Il ne se peut pas que le droit d'usufruit, qui appartient à Jacques, s'éteigne par cet événement, qui lui est étranger.

La créance continue donc d'exister, en ce qui le concerne, quel que soit celui des deux, du créancier ou du débiteur, qui ait succédé à l'autre.

Aussi, est-ce une des règles de notre matière que la confusion ne résulte que d'une succession ou transmission en pleine propriété.

Tel est certainement le sens de l'article 1300.

« Attendu, dit la Cour de Cassation, qu'il résulte de cette disposition que, pour qu'une dette soit éteinte par la confusion, il faut que les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne; — Que cette réunion ne peut s'opérer qu'autant que la même personne se trouve avoir tout à la fois la pleine propriété de la créance, dont elle est débitrice, ou qu'elle devient débitrice de la créance, dont la pleine propriété lui appartenait; — Que la confusion n'est qu'imparfaite, et, par conséquent, incapable d'opérer l'extinction de la dette, lorsque le débiteur n'acquiert, à quelque titre que ce soit, que la nue-propriété de la créance par lui due, et que l'usufruit de cette créance appartient à un tiers.... » (19 déc. 1838, Poujol, Dev., 1839, I, 133; comp. Duranton, t. XII, n° 469 *bis;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 241; Larombière, t. III, art. 1300, n° 11.)

711. — C'est à peine s'il est nécessaire de dire que la confusion ne saurait s'opérer, lorsque celui, qui était originairement créancier, a cédé à un tiers sa créance, avant l'événement qui aurait pu la produire.

Je vous cède la créance, que j'ai contre Paul; et cette cession est signifiée à Paul, ou elle est acceptée par lui dans un acte authentique.

Vous voilà donc régulièrement saisi de la créance; le créancier maintenant, ce n'est pas moi; c'est vous!

Ensuite, Paul devient mon héritier.

Il n'importe!

Puisque les qualités de créancier et de débiteur ne peuvent plus désormais se réunir dans la même personne. (Comp. art. 1295.)

Mais, bien entendu, il faut, comme nous le supposons, que le cessionnaire ait été régulièrement saisi de la créance, avant l'ouverture de la succession, qui a pu rendre le débiteur créancier.

Autrement, la confusion s'opérerait; et si la signifi-

cation du transport n'avait pas déjà été faite au débiteur, elle ne pourrait plus lui être faite utilement. (Comp. Pothier, n° 646 ; Toullier, t. IV, n°s 434-435 ; Duranton, t. XII, n° 480.)

712. — Dans l'exemple que nous venons de proposer, c'est le débiteur cédé, qui est devenu héritier du créancier cédant, avant que le cessionnaire eût été régulièrement saisi de la créance.

Mais supposons, au contraire, que c'est le créancier cédant, qui est devenu héritier du débiteur cédé.

La solution devra-t-elle être encore la même ?

Non pas !

Pothier explique très-bien la raison de cette différence :

« Si celui, dit-il, qui était créancier de Pierre d'une certaine somme, m'a cédé sa créance, et que, avant que Pierre ait accepté le transport, ou que je le lui aie fait signifier, il devienne héritier de Pierre, qui est le débiteur, il se fera, à la vérité, confusion et extinction de la dette de Pierre, qu'il m'a cédée ; mais, comme il était, par la cession qu'il m'a faite, débiteur envers moi de ce droit de créance, qu'il m'avait cédé, et que c'est par l'acceptation qu'il a faite de la succession du débiteur, et par conséquent par son fait, que cette créance, qu'il m'avait cédée, a été éteinte, il est tenu de m'en fournir la valeur ; car tout débiteur est tenu de payer le prix ou la valeur de la chose, qu'il devait, lorsque c'est par son fait qu'elle a cessé d'exister. » (N° 646.)

Cette solution est incontestable.

A ce point même, que l'on pourrait dire que la confusion, dans ce cas, ne s'opère pas, à l'encontre du cessionnaire dans ses rapports avec le cédant, en vertu du principe, que nous allons bientôt poser ; à savoir : que la confusion ne peut pas avoir lieu, au préjudice des droits acquis à des tiers. (Comp. Duranton, t. XII, n° 480 ; Larombière, t. III, art. 1300, n° 8.)

713. — C'est en vertu de ce principe, qu'il faut aller plus loin encore, et décider que la confusion ne pourrait pas s'opérer, alors même que la créance n'aurait pas cessé d'appartenir au créancier originaire, si, au moment où les deux qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, un tiers avait le droit de s'opposer à ce que le payement de cette créance fût fait à son préjudice, en vertu, par exemple, d'une saisie-arrêt antérieurement pratiquée.

Le payement, en cas pareil, ne pourrait pas avoir lieu au préjudice du créancier saisissant (art. 1242);

Ni la compensation non plus (art. 1298).

Encore moins la confusion, pourrions-nous dire.

Encore moins ! car elle n'équivaut pas à un payement ni à une compensation. (Comp. Larombière, t. III, art. 1300, n° 9.)

714. — B. Quel est l'effet de la confusion?

C'est la seconde question, que nous avons posée. (*Supra*, n° 698.)

Mais, vraiment, il semble, à première vue, que la réponse est très-simple.

Aux termes de l'article 1234, la confusion est rangée parmi les modes d'extinction des obligations.

Et l'article 1300 dispose aussi qu'elle éteint la créance.

D'où il paraît bien résulter que la confusion est, comme le payement et les autres modes de libération, que l'article 1234 énumère, l'une des manières, dont les obligai ons s'éteignent.

Telle fut, en effet, d'abord, la notion, que les jurisconsultes romains conçurent théoriquement de la confusion; et, à consulter seulement quelques-uns de leurs textes, on pourrait en déduire qu'ils y attachaient un effet extinctif aussi complet, que celui qui résulte du payement; de sorte même qu'elle libérait le débiteur *ipso jure*, et non pas *exceptionis ope*. (Comp. L. 75 et L. 95, § 2, ff. *de Solutionibus;* L. 41, § 2, ff. *de Evictionibus.*)

715. — Mais ce premier aperçu n'est évidemment pas exact.

Et il est impossible de ne pas reconnaître la différence profonde qui distingue la confusion d'avec le payement et les autres modes d'extinction des obligations.

Le payement, la novation, la compensation et les autres, sans excepter même la remise de la dette, éteignent véritablement l'obligation ; ils l'éteignent soit par l'exécution promise, soit par un équivalent. Dans tous les cas, c'est le créancier satisfait ; c'est le lien de droit rompu ; et par suite, l'obligation elle-même atteinte et détruite dans ses conditions essentielles d'existence.

Très-différente est la confusion !

Envisagez bien le fait, qui la produit ; vous n'y trouverez ni payement, ni rien qui tienne lieu de payement.

Qu'y a-t-il donc seulement?

Il y a un fait ! il y a une impossibilité de fait, par suite de laquelle l'action, que l'obligation a produite, ne peut plus, en l'état, être exercée.

C'est donc l'action seulement qui se trouve, en quelque sorte, frappée de paralysie.

Ce n'est pas l'obligation, qui est éteinte !

716. — C'est ce que les jurisconsultes romains avaient eux-mêmes très-judicieusement reconnu.

Les applications nombreuses et intéressantes, qu'ils firent de la confusion aux divers actes de la vie civile, témoignent, en effet, qu'ils ne s'étaient pas tenus rigoureusement à la théorie, d'après laquelle la confusion serait, à l'instar du payement, un mode d'extinction de la dette. Il en résulte, au contraire, qu'ils considéraient finalement la confusion, non pas comme un mode d'extinction de l'obligation elle-même, mais plutôt comme un simple empêchement de fait à l'exercice de l'action, qui y était attachée.

Paul, dans une de ses Reponses, employa même une formule remarquable :

« *Et puto, aditione hæreditatis, confusione obligationis eximi personam.* » (L. 71, princ. ff. *de Fidejuss. et Mandat.*)

D'où les interprètes ont déduit cette maxime, qui est devenue l'une des règles de notre matière :

« *Confusio magis eximit personam ab obligatione, quam extinguit obligationem.* » (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 404.)

Telle était, en effet, la doctrine de Pothier :

« La confusion, disait-il, fait seulement que la personne du débiteur, en qui se trouve concourir la qualité de créancier, cesse d'être obligée, parce qu'elle ne peut pas l'être envers elle-même : *Personam eximit ab obligatione.* » (N° 645.)

Cette explication est ingénieuse ; et nous l'avons déjà rappelée ailleurs. (Comp. notre *Traité* précité.)

Il faut reconnaître, pourtant, qu'elle n'est pas tout à fait irréprochable.

Logiquement, se peut-il qu'il existe une dette sans un débiteur, une obligation sans un obligé !

« Il est difficile, dit fort justement M. Labbé, de comprendre que l'obligation survive dans sa consistance objective, lorsque l'un des sujets nécessaires de ce rapport disparaît, est anéanti. » (N° 283.)

Et la règle, ainsi formulée, ne produirait pas, en effet, logiquement toutes les conséquences, que nous allons voir dériver de la nature spéciale, qui distingue la confusion d'avec les modes réguliers d'extinction des obligations.

Ce qui nous paraîtrait plus exact, ce serait de dire, avec un amendement :

Confusio non extinguit obligationem; sed magis personam eximit ab actione.

Oui ! voilà ce qui caractérise essentiellement la confusion ; c'est, comme nous l'avons dit, la paralysie de l'action ; c'est l'impossibilité de fait, pour le créancier devenu débiteur, de s'actionner, de se poursuivre lui même !

« *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* »

Je ne puis pas poursuivre un tiers, que je devrais moi-même garantir contre cette poursuite.

A plus forte raison, ne puis-je pas me poursuivre moi-même.

717. — Telle est la seule cause de la confusion!

Et nous ajoutons : tel est aussi son seul effet.

Au delà et en dehors de cette cause, l'obligation continue de subsister et de produire tous les effets, qu'elle est susceptible de produire, sans le secours de cette action en justice, que le créancier ne peut plus exercer contre lui-même.

Mais l'obligation n'est pas éteinte!

Mais la confusion ne détruit pas, ne change pas l'état de choses antérieur, au préjudice de ceux qui continuent d'avoir un intérêt légitime à l'invoquer.

Aussi, faut-il se garder de prendre à la lettre cette définition, que l'on peut voir dans le *Glossaire du Droit français* :

« La confusion est l'*anéantissement du droit* par la réunion, dans la même personne, des qualités de débiteur et de créancier. »

Il s'en faut bien!

Concluons donc que la confusion ne doit nuire, dans ses effets, à personne :

Ni aux tiers;

Ni au créancier, devenu héritier du débiteur;

Ni au débiteur, devenu héritier du créancier;

Toutes les fois, disons-nous, que les tiers, le créancier ou le débiteur, auront un légitime intérêt à invoquer l'existence actuelle de l'obligation.

Voilà le principe.

Nous avons maintenant à déduire les conséquences importantes, qui en dérivent.

718. — Ainsi, d'abord, il faut tenir pour certain que

la confusion n'empêche pas que la créance, qu'elle vient d'atteindre, ne doive être, pour le calcul de la quotité disponible, comprise dans la composition de la masse.

Paul, ayant deux enfants, a prêté à l'un d'eux 100 000 fr.

Il meurt ensuite, laissant dans sa succession, outre sa créance contre l'enfant débiteur, un actif de 300 000 fr.

Et il a légué à un tiers sa quotité disponible, qui est du tiers, puisqu'il laisse deux enfants (art. 913).

Mais le tiers de combien?

L'enfant débiteur pourrait-il prétendre que c'est seulement de 350 000 fr., puisque la créance de 100 000 fr. que son père avait contre lui, s'est éteinte, par confusion, au moment même de l'ouverture de la succession, jusqu'à concurrence de sa vocation héréditaire, qui est de moitié?

Évidemment non!

Une telle solution, en avantageant d'autant l'enfant débiteur, porterait, du même coup, le préjudice le plus inique à l'autre enfant réservataire et au légataire de la quotité disponible.

Il faut donc comprendre tout entière dans la masse, la créance de la succession contre l'enfant débiteur.

Cette créance, en effet, elle est là, tout entière; non payée ni satisfaite en aucune façon!

Et rien ne s'oppose à ce qu'elle continue à être en Droit, comme elle est en fait, l'un des éléments de l'actif héréditaire.

Car il n'est besoin, pour cela, d'aucune action en justice, que le créancier, devenu débiteur, formerait contre lui-même.

Il ne s'agit que d'un compte de valeurs à établir entre la succession et l'héritier.

Or, ce compte est parfaitement possible, malgré la confusion :

« *Quoniam*, disait le jurisconsulte romain, *et cum debitor creditori suo hæres extiterit, ratio quædam inter hæredem et hæreditatem ponitur....* » (L. 41, §2, ff. *de Evictionibus*.)

719. — Il en serait, bien entendu, de même, en sens inverse, si l'un des héritiers réservataires, au lieu d'être débiteur du défunt, se trouvait être son créancier.

La confusion n'empêcherait pas non plus que sa créance demeurât l'un des éléments du passif de la succession, et ne dût être déduite, conformément à l'article 922, pour la composition active de la masse.

La considérer comme éteinte, ce serait, cette fois, en avantageant d'autant la succession, c'est-à-dire les autres réservataires et le légataire de la quotité disponible, porter, du même coup, le préjudice le plus inique à l'héritier réservataire créancier, qui se trouverait privé de sa créance, sans avoir reçu ni le payement, ni aucune satisfaction équivalente?

Qu'importe, au point de vue où nous sommes, que le débiteur ou le créancier du défunt soit l'un de ses héritiers ou un tiers?

Cela n'importe en aucune façon!

C'était aussi la remarque de Julien :

« .... *Quia, si alius quilibet hæres extitisset, centum in ære alieno ponerentur.* » (L. 87, § 2, ff. *ad Legem Falcidiam;* L. 1, § 18, *h. t.*; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. II, n° 266; Duranton, t. XII, n° 481; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 242; Larombière, t. III, art. 1300, n° 3; Colmet de Santerre, t. V, n° 252 *bis*, IV.)

* **720.** — Paul est créancier d'une somme de 100 000 fr. contre Pierre.

Il fait un testament, par lequel il lègue cette créance à Jacques.

Ensuite, il devient héritier de Pierre.

Et il meurt, sans avoir changé son testament.

Quel va être le sort du legs?

La réponse du jurisconsulte romain, sur un cas pareil, était très-explicite :

« *Unde Juliano placuit*, disait Terentius Clemens, *et si*

debitori hæres extiterit creditor, posteaque ipse creditor decesserit, legatum extingui; et hoc verum est; quia confusione perinde extinguitur obligatio ac solutione ». (L. 21, princ. et § 1, ff. *de Liberat. legata.*)

Le legs est éteint!

Parce que la créance elle-même est éteinte par la confusion, comme elle l'eût été par le payement.

Voilà bien la doctrine primitive, dans toute sa pureté; on ne saurait, en effet, assimiler plus complétement la confusion au payement lui-même!

Faut-il admettre, dans notre Droit, la solution romaine?

Nous ne le pensons pas.

Il y a un cas d'abord, dans lequel la solution contraire nous paraîtrait incontestable; c'est celui où il serait reconnu que, dans l'intention du testateur, le legs a pour objet, non pas précisément la créance elle-même, le *nomen*, qui lui appartenait contre le tiers débiteur, mais plutôt la valeur de cette créance, c'est-à-dire une somme d'argent, dont la désignation de cette créance, dans le testament, n'a eu pour but que d'indiquer le chiffre et le mode de recouvrement.

Nous avons, en effet, déjà reconnu ailleurs qu'un legs, ainsi conçu, ne deviendrait pas caduc par le payement, qui aurait été fait de la créance au testateur lui-même. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n°s 237 et 340.)

A plus forte raison, ne deviendrait-il pas caduc par la simple confusion, qui résulterait de ce que le testateur serait devenu l'héritier du débiteur de la créance léguée.

Telle était d'ailleurs aussi sans doute la pensée de Terentius, qui semblait bien n'admettre l'extinction du legs par la confusion, que dans les mêmes cas où cette extinction aurait eu lieu par le payement; car telle était sa prémisse :

« *Si id quod mihi deberes, vel tibi vel alii legavero, id*

que mihi solveris, vel qualibet alia ratione liberatus a me fueris, extinguitur. » (*Loc. supra cit.*)

721. — Mais nous irons plus loin.

Et, à notre avis, la solution que nous venons de présenter, devrait aussi être admise, même dans le cas où il serait reconnu que, dans l'intention du testateur, le legs a pour objet déterminément la créance elle-même, le *nomen*, qui lui appartenait contre le débiteur désigné par lui dans son testament.

Un legs, en effet, une fois porté dans un testament valable, doit être exécuté, à moins qu'il n'ait été frappé de révocation ou de caducité.

Or, de révocation, il n'y en a aucune! ni expresse (nous le supposons) ni tacite; car on ne saurait invoquer l'article 1038, qui fait résulter la révocation du legs de l'aliénation que le testateur a faite de la chose léguée; le testateur, dans notre espèce, n'a rien aliéné; il n'a rien fait!

Et de caducité, il n'y en a pas davantage!

Nous avons, il est vrai, reconnu qu'il faut appliquer aux choses incorporelles, aussi bien qu'aux choses corporelles, l'article 1042, d'après lequel le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur.

Et nous en avons conclu que le legs d'une créance devient caduc, par le payement, que le testateur en a reçu. (Comp. notre *Traité* précité, t. V, n° 340.)

Oui! par le payement!

Mais par la confusion?

Nous ne l'avons pas dit; et nous ne croyons pas devoir le dire.

Cette hypothèse est, en effet, l'une de celles, où la différence capitale, qui existe entre le payement et la confusion, apparaît de la manière la plus significative.

Tandis que le payement, reçu par le testateur, aurait éteint la créance elle-même;

La confusion ne l'a pas éteinte !

Cette créance ! elle n'avait pas été satisfaite ; et l'action, qu'elle avait produite, se trouvait seulement frappée de paralysie dans les mains du testateur.

Mais le jour où le testateur est mort, cette paralysie a cessé.

Aux termes de l'article 1014 :

« Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour « de la mort du testateur, un droit à la chose léguée, droit « transmissible à ses héritiers ou ayants cause » (ajout., art. 1017).

Or, ce droit à la chose léguée, c'est la créance, avec l'action, qu'elle a produite.

Cette action, qui se trouvait inerte et inefficace, parce que les deux qualités de créancier et de débiteur étaient réunies dans la même personne, reprend dès lors sa vertu et son efficacité, au moment où ces deux qualités se séparent.

C'est l'héritier, qui reste débiteur;

C'est le légataire, qui devient créancier !

En droit, ces déductions nous paraissent bien procéder.

Et nous croyons que, en fait, dans la pratique, elles devraient être admises, surtout si les circonstances de l'espèce ne témoignaient d'aucun changement dans la volonté du testateur ; comme si, par exemple, il était mort dans l'ignorance de l'ouverture de la succession, qui avait fait de lui l'héritier de son débiteur ! (Comp. Labbé, n[os] 161-163.)

722. — Le légataire pourra donc, disons-nous, exercer, contre l'héritier du testateur, la créance même, qui lui a été léguée.

Mais supposons que cette créance, dans sa constitution primitive, fût munie de garanties accessoires, réelles ou personnelles.

Le légataire pourra-t-il aussi s'en prévaloir contre les tiers intéressés, soit contre les autres créanciers hypothé-

caires ou les détenteurs des immeubles hypothéqués, soit contre les cautions, auxquels la confusion avait fourni un moyen de défense contre le créancier lui-même, devenu héritier du débiteur?

Notre savant collègue, M. Labbé, répond affirmativement, dans l'*Étude*, où il expose la doctrine romaine sur la confusion.

« Nous le pensons, dit-il; ils avaient un moyen de défense contre l'héritier, parce que celui-ci, représentant le débiteur, était leur garant; ils tiraient avantage d'un fait accidentel, qui avait réuni la créance et la dette dans une seule personne; ils perdent cet avantage par la séparation de la créance et de la dette; et cela, sans injustice; ils sont rétablis dans la situation, qu'ils avaient originairement acceptée; actionnés par le légataire, ils auront un recours contre l'héritier. » (N° 164.)

Sans entrer ici dans l'examen des textes romains, que cette controverse peut mettre en présence (comp. L. 27, § 2, et L. 62, ff. *de Pactis*),

Notre avis est que telle ne doit pas être la solution de la doctrine française; et que, tout au contraire, il faut décider que le légataire ne pourra pas se prévaloir, contre les tiers, des sûretés accessoires, qui étaient attachées à la créance, lorsque la confusion s'est opérée.

Aux termes de l'article 1301, premier alinéa, que nous allons bientôt examiner :

« La confusion qui s'opère dans la personne du débi-« teur principal, profite à ses cautions. »

D'où il résulte, en effet, que du jour où le créancier est devenu héritier du débiteur principal, la caution et les autres tiers intéressés, comme elle, à ne plus répondre de la solvabilité du débiteur, ont eu le droit acquis de se prévaloir de la confusion contre le créancier.

Est-ce que nous assimilons maintenant la confusion au payement?

Non pas!

Ce que nous disons, c'est que la paralysie, dont cette créance se trouve frappée dans les mains du créancier, et l'inefficacité, qui désormais en résulte, autorise les tiers à se prévaloir de la confusion contre le créancier lui-même.

M. Labbé reconnaît que le créancier, devenu héritier du débiteur, était devenu, par cela même, le garant de ces tiers.

Proposition très-juste !

D'où il faut, suivant nous, conclure qu'il ne peut pas dépendre du créancier de leur enlever, par un fait volontaire de sa part, le bénéfice de la garantie, dont il est tenu envers eux, et de changer, à son gré, si profondément leur situation.

Il ne pourrait pas vendre à un tiers la créance, au préjudice des tiers détenteurs et des cautions.

A fortiori, ne peut-il plus, à leur préjudice, la donner ou la léguer.

La confusion pourra être, sans doute, quelquefois résolue *in præteritum*, en vertu d'une cause ancienne et nécessaire, mais non pas en vertu d'une cause nouvelle et volontaire. (Comp. *infra*, n° 739.)

723. — Nous arrivons à l'article 1301, qui renferme trois dispositions, dans lesquelles se révèle encore le caractère particulier de la confusion, tel que nous avons entrepris de le définir, et qui en sont, suivant nous, autant de conséquences logiques.

Cet article est ainsi conçu :

« La confusion, qui s'opère dans la personne du débi-
« teur principal, profite à ses cautions.

« Celle, qui s'opère dans la personne de la caution,
« n'entraîne point l'extinction de l'obligation princi-
« pale.

« Celle, qui s'opère dans la personne du créancier, ne
« profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion,
« dont il était débiteur. »

724. — Et d'abord, notre texte dispose que :

« La confusion, qui s'opère dans la personne du débi-« teur principal, profite à ses cautions. »

C'est ce que nous venons de reconnaître. (*Supra*, n° 722.)

Voici une dette, qui est garantie par une caution.

Le créancier devient l'héritier du débiteur principal; ou *vice versâ*, le débiteur principal devient l'héritier du créancier.

Qui donc maintenant pourrait agir contre la caution?

Le créancier?

Mais s'il agissait contre la caution, en sa qualité de créancier, la caution réagirait, contre lui, en sa qualité de débiteur, pour être indemnisée (art. 2028 et suiv.).

Il lui doit donc garantie en cette dernière qualité.

Et, par conséquent, il ne peut pas l'attaquer lui-même.

Voilà bien l'application la plus directe de la maxime, sur laquelle nous avons fondé toute la théorie de la confusion :

« *Eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* »

725. — Mais supposons que la caution s'est engagée *donandi causâ,* en renonçant d'avance à exercer un recours en indemnité contre le débiteur principal, pour le cas où elle serait forcée de payer pour lui.

Le créancier, devenu héritier du débiteur principal, mort insolvable, pourra-t-il agir, dans ce cas, contre la caution?

Nous le croyons.

Le texte de l'article 1301 est pourtant bien général!

Il est vrai.

Mais le texte ne saurait être séparé du principe essentiel, sur lequel il repose, et dont il n'est que l'expression législative.

Ce principe, avons-nous besoin de le rappeler?

C'est que la dette principale n'est pas éteinte par la confusion ; elle n'a pas été satisfaite.

Ce qu'il y a seulement en faveur d'une caution ordinaire, ayant droit d'exercer un recours en indemnité contre le débiteur, si elle paye, c'est l'obligation de garantie, dont ce débiteur est tenu envers elle, et qui passe sur la tête du créancier, devenu débiteur.

Or, dans notre hypothèse, cette obligation de garantie n'existe pas.

Donc, le créancier peut poursuivre la caution, quoiqu'il soit devenu héritier du débiteur, puisque cette dernière qualité ne lui impose aucune obligation de garantie !

726. — D'après la seconde disposition de l'article 1301 :

« La confusion, qui s'opère dans la personne de la « caution, n'entraîne point l'extinction de l'obligation « principale. »

Le créancier a succédé à la caution ; ou la caution a succédé au créancier.

Quel sera l'effet de cette confusion des deux qualités de créancier et de caution réunies dans la même personne ?

La réponse est bien simple :

La caution est libérée.

Le débiteur principal ne l'est pas.

Quand nous disons que la caution est libérée, c'est dans le sens de la libération spéciale et singulière, que la confusion produit ; en ce sens que l'action du créancier contre la caution se trouve paralysée et frappée d'inertie.

Qui pourrait, en effet, désormais la poursuivre ?

Le créancier ?

Mais le créancier, c'est aussi la caution !

Il ne peut pas se poursuivre lui-même ; et nul ne peut être à lui-même sa propre caution... *pro eodem apud eumdem !* (L. 71, ff. *de Fidejussor.*)

727. — Quant au débiteur principal, cette confusion des qualités de créancier et de caution ne saurait évidemment lui profiter.

« *Inter creditorem et adpromissorem confusione facta, reus non liberatur,* » disait Ulpien. (L. 43, *in fine*, ff. *de Solutionibus.*)

C'est ce que dit aussi notre texte ; et fort justement.

La dette principale, en effet, peut subsister, lors même que les garanties accessoires, dont elle était munie, disparaissent !

Pourquoi d'ailleurs la dette principale serait-elle alors atteinte dans son existence?

D'une part, elle n'a pas été payée ;

D'autre part, l'action pour en obtenir le payement, est toujours là, pleine de vie et d'efficacité, dans les mains du créancier.

Le débiteur principal peut donc être poursuivi pour le payement de sa propre dette, de cette dette dont le poids doit peser définitivement sur lui, sans recours contre aucun autre !

728. — On voit que les dispositions de l'article 1301 s'expliquent, en effet, logiquement par le caractère exceptionnel de la confusion, tel que nous l'avons présenté.

Entreprenez, au contraire, de les expliquer par la supposition d'un payement fictif, qui résulterait de la confusion.

Combien toutes les conséquences vont être différentes de celles, que nous proposons, et que le texte lui-même consacre.

Il s'ensuivrait, par exemple, dans le cas qui nous occupe, que la caution devrait être considérée comme ayant payé le créancier ; et que celui-ci aurait été satisfait par le résultat d'un règlement de valeurs entre son patrimoine personnel et le patrimoine de la caution.

Pourtant, la dette principale n'était celle ni de l'un ni de l'autre :

Ni du créancier apparemment, à qui elle était due;

Ni de la caution, qui n'avait fait que la garantir, sauf son recours contre le débiteur.

Objectera-t-on que ce recours existerait toujours, en admettant même que la confusion éteignît le cautionnement par la fiction d'un payement, que le créancier serait présumé avoir reçu?

Il est vrai!

Mais ce recours, que serait-il?

Il ne serait plus, il ne pourrait plus être l'ancienne créance, qui aurait été éteinte par le payement; et par conséquent, les sûretés accessoires, dont cette créance pouvait être munie, s'étant éteintes avec elle, ne pourraient pas le garantir.

Or, cette considération avait une grande gravité dans l'ancien Droit, qui n'accordait pas la subrogation légale à la caution, qui avait payé le créancier.

Notre Code accordant, au contraire, la subrogation de plein droit à la caution, la différence des résultats, entre les deux explications, est, sous ce rapport, moins importante. (Art. 1251-3°, 2028.)

Et encore, même sous le nouveau régime, est-il, dans tous les cas, préférable pour le créancier, (qui est ici la même personne que la caution), d'agir en vertu de la créance même, qui lui appartient et qui n'a été atteinte par aucun mode légal d'extinction des obligations.

Ce n'est donc pas la caution, qui exercera un recours contre le débiteur.

C'est le créancier, qui lui demandera le payement de sa créance.

Voilà ce que disait excellemment le jurisconsulte Africain :

« *Cum fidejussor reo stipulandi hæres extiterit, quæritur an, quasi ipse a se exegerit, habeat adversus reum mandati actionem? Respondit, cum reus obligatus maneat, non posse intelligi ipsum a se fidejussorem pecuniam exegisse;*

itaque ex stipulatu potius quam mandati agere debebit. » (L. 21, § 5, ff. *de Fidejussoribus;* comp. Labbé, nos 190 et suiv.; Colmet de Santerre, t. V, n° 253 *bis*, II.)

729. — Aux termes du troisième alinéa de l'article 1301 :

« La confusion, qui s'opère dans la personne du créan-« cier, ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la « portion, dont il était débiteur. »

Cette formule offre bien, à première vue, quelque ambiguïté; et Demante a pu dire que *le sens en est plus clair que l'expression.* (Colmet de Santerre, t. V, n° 253.)

La même disposition d'ailleurs se trouve très-nettement rédigée, dans l'article 1209 :

« Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique « du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique « héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la « créance solidaire que pour la part et portion du débi-« teur ou du créancier. »

Nous avons déjà fourni l'explication de ce texte, en traitant des obligations solidaires. (Comp. le tome III, nos 404 et suiv.)

Qu'il nous suffise de rappeler combien cet article met en relief le vrai caractère de la confusion, et la différence profonde, qui la sépare du payement.

Si la confusion équivalait au payement, qu'arriverait-il, lorsque l'un des débiteurs solidaires devient héritier du créancier?

Il arriverait que l'article 1214 serait applicable.

Or, aux termes de cet article, premier alinéa :

« Le codébiteur d'une dette solidaire, *qui l'a payée en « entier,* ne peut répéter contre les autres que les part et « portion de chacun d'eux. »

C'est-à-dire que le codébiteur, héritier du créancier, ne pourrait exercer qu'une action divisée contre chacun de ses codébiteurs.

Tandis que, au contraire, il peut, sa part et portion

dans la dette étant déduite, exercer, contre chacun d'eux, la même action solidaire, qui appartenait au créancier.

C'est que la dette, en effet, n'est pas éteinte !

C'est que la paralysie, qui résulte de la confusion, ne frappe cette dette que pour la part et portion, dont le codébiteur est lui-même tenu, et pour laquelle il devrait garantie à ses codébiteurs.

Au delà, la dette existe encore; et l'action *in solidum* de la part du codébiteur devenu héritier du créancier, ne rencontre point d'obstacle.

C'est précisément à l'occasion de la dette solidaire, que Paul a exprimé sa maxime :

« *Et puto aditione hæreditatis, confusione obligationis eximi personam.* » (L. 71, princ. ff. *de Fidejussoribus.*)

730. — L'article 1209 et l'article 1301, troisième alinéa, n'appliquent la disposition, qu'ils décrètent, qu'à la solidarité passive, à la solidarité entre codébiteurs.

Aucun texte semblable n'existe, en ce qui concerne la solidarité active, la solidarité entre créanciers.

Faut-il néanmoins appliquer aussi, en sens inverse, la même règle, lorsqu'il arrive que le débiteur devient héritier de l'un des créanciers, ou que l'un des créanciers devient héritier du débiteur ?

L'action résultant de la créance solidaire est-elle seulement paralysée pour la part de celui des créanciers, qui réunit, dans sa personne, la qualité de débiteur ; de sorte qu'il puisse, déduction faite de cette part, exercer l'action solidaire contre le débiteur ?

Nous le croyons ainsi.

Et nous ne pouvons que nous référer aux développements, par lesquels nous avons entrepris de combattre la doctrine contraire, qui est enseignée par notre honorable collègue, M. Colmet de Santerre. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 195; L. 93, ff. *de Solutionibus;* Labbé, n° 230; Sebire et Carteret, *Encyclopédie du Droit*, v° *Confusion*, n° 23.)

731. - L'article 1300 ne prévoit, dans la définition, qu'il présente, de la confusion, que le cas où *les qualités de créancier et de débiteur* se réunissent dans la même personne.

Ce qui est, en effet, le cas le plus topique de la confusion, telle que nous l'avons définie, celui où deux qualités incompatibles entre elles se trouvent concourir dans le même sujet.

Une seule et même personne, à la fois créancière et débitrice d'une seule et même obligation !

Mais nous avons déjà remarqué que d'autres qualités aussi, qui sont faites pour être séparées, et qui semblent même ne pouvoir être efficaces que par leur séparation, peuvent aussi se réunir dans la même personne (*supra*, nos 704 et suiv.).

Or, c'est là aussi certainement un cas de confusion, en prenant ce mot dans un sens plus large, que celui qui paraît y avoir été attaché par le rédacteur de l'article 1300.

Voici, par exemple, le débiteur principal, qui devient héritier de la caution ; ou, réciproquement, la caution qui devient héritière du débiteur principal.

Quel va être l'effet de cette confusion, dans la même personne, des deux qualités de débiteur principal et de débiteur accessoire ?

La question ne manque pas d'importance, non-seulement au point de vue théorique, mais aussi au point de vue pratique ; car où se trouvent le plus souvent les cautionnements, si ce n'est, dans les familles, entre les parents, qui, après s'être rendu ce bon office, deviennent ensuite héritiers les uns des autres !

Les jurisconsultes romains paraissent avoir appliqué à notre fait la doctrine primitive et rigoureuse, d'après laquelle la confusion éteignait la dette, à l'instar du payement.

« *Cum reus promittendi fidejussori suo hæres extiterit,*

obligatio fidejussoria perimitur, » disait Julien. (L. 14, ff. *de Fidejussoribus.*)

Et nous allons voir que Africain répondait de même : « .... *Sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit....* » (L. 38, § 5, ff. *de Solutionibus;* comp. *infra,* n° 735.)

La fidéjussion est éteinte !

Il ne reste que l'obligation principale.

Il semble, en effet, qu'on ne peut pas être caution de soi-même ; la dette principale n'absorbe-t-elle pas la dette accessoire ?

Cette appréciation paraît même se retrouver encore chez les jurisconsultes modernes.

C'est ainsi que M. Larombière voit, dans la réunion des qualités de débiteur principal et de caution, une cause d'extinction du cautionnement.

« La confusion, dit-il, qui s'opère dans la personne du débiteur principal, qui réunit les qualités de débiteur et de caution, éteint seulement le cautionnement, et laisse subsister l'obligation principale, qui en est indépendante. » (T. III, art. 1301, n° 3; Sebire et Carteret, *Encyclopédie du Droit,* v° *Confusion,* n° 25.)

732. — Nous ne croyons pas que cette formule soit exacte ; elle produirait des conséquences inadmissibles, et que le savant auteur lui-même n'admet pas.

Ce qui nous paraît vrai juridiquement, c'est que la confusion, dans ce cas pas plus que dans les autres, n'est un mode proprement dit d'extinction de l'obligation ; elle n'est ici, comme partout, qu'un fait, d'où résulte une sorte de paralysie de l'action, dont l'exercice est devenu impossible.

Non ! le cautionnement, en soi, n'est pas éteint par la réunion, dans la même personne, des qualités de caution et de débiteur principal.

On ne peut pas être caution de soi-même !

Certainement non.

Mais qu'en résulte-t-il ?

Ce qui en résulte seulement, c'est que, si la personne, qui réunit les deux qualités, a payé en qualité de caution, elle ne pourra pas exercer de recours contre le débiteur principal, puisque ce recours, c'est contre elle-même qu'elle l'exercerait.

Voilà tout!

Il est vrai que, en fait même aussi, on peut objecter : à quoi bon?

Qu'il n'y ait pas, en droit, d'incompatibilité entre les qualités de débiteur principal et de caution, cela peut être! rien ne s'oppose, en effet, à ce que le même débiteur soit tenu, à deux titres différents, de la même dette, envers le même créancier.

Mais où est l'intérêt de ce maintien théorique du cautionnement sur la tête du débiteur principal?

Si ces qualités ne sont pas exclusives l'une de l'autre, du moins peut-on dire, en quelque sorte, qu'elles font double emploi!

De deux choses l'une :

Si le débiteur est solvable, le créancier sera payé.

Par la caution? ou par le débiteur principal?

Qu'importe!

Et si le débiteur n'est pas solvable, le créancier aura beau invoquer l'une et l'autre qualité.

Il ne sera pas plus payé par le débiteur principal que par la caution, qui sont une seule et même personne!

733. — Ces objections peuvent paraître spécieuses.

Nous reconnaissons même qu'elles seront exactes, dans le cas où il ne se trouvera rien de plus dans le cautionnement que dans la dette principale.

Mais combien il s'en faut qu'elles soient, dans tous les cas, décisives!

Plusieurs hypothèses peuvent, en effet, se rencontrer, dans lesquelles il sera de la plus haute importance, pour le créancier, d'avoir conservé sa caution, même dans la personne du débiteur principal.

Nous en citerons notamment trois, que voici :

I. Lorsque le débiteur principal peut opposer au créancier une exception personnelle, qui ne peut pas lui être opposée par la caution ;

II. Lorsque la caution a fourni elle-même une caution, un certificateur de caution ;

III. Lorsque la caution a fourni une hypothèque.

734. — I. Paul, étant encore mineur, a emprunté 20 000 fr. à Pierre.

Et Jacques s'est porté, envers Pierre, la caution de Paul.

En cet état, si Paul, le débiteur principal, poursuivi par Pierre, le créancier, lui opposait l'exception de minorité, la caution serait, bien entendu, tenue de satisfaire à son engagement.

En effet, aux termes de l'article 2036 :

« La caution peut opposer au créancier toutes les ex-
« ceptions qui appartiennent au débiteur principal, et
« qui sont inhérentes à la dette.

« *Mais elle ne peut opposer les exceptions, qui sont pure-*
« *ment personnelles au débiteur.* »

Comme, par exemple, aux termes de l'article 2012 :

« *Dans le cas de minorité.* »

Mais Paul, le débiteur principal, devient héritier de Jacques, la caution.

Pierre, le créancier, pourra-t-il poursuivre encore efficacement la caution, dans la personne du débiteur principal ?

Assurément oui !

Aux termes de l'article 724 et des articles 873 et 1220, les héritiers succèdent aux dettes du défunt, dont ils sont les représentants et les continuateurs ;

Or, Jacques était tenu, envers Pierre, d'une dette de cautionnement ;

Donc, Paul, devenu héritier de Jacques, est tenu, envers lui, de cette même dette.

Mais Paul est lui-même le débiteur principal!

Eh bien! ce qui en résulte, c'est que, après avoir payé Pierre, en qualité de caution, il n'aura pas de recours à exercer.

Mais il n'y a aucun motif de droit, ni de raison, ni d'équité, pour que l'obligation de la caution s'éteigne, au préjudice du créancier, dans cette transmission héréditaire! (Comp. Riom, 5 août 1840, De Terves, Dev., 1840, II, 492 : Troplong, *du Cautionnement*, art. 2012.)

M. Larombière admet aussi la même solution, « *malgré l'extinction du cautionnement*, » dit-il.

Mais nous croyons avoir prouvé que, en réalité, ce cautionnement, qui produit encore tout son effet, n'a pas subi d'extinction.

735. — II. En conservant le même fait, que nous venons de supposer, ajoutons une circonstance de plus.

Jacques, qui s'est rendu caution de Paul, a lui-même fourni à Pierre une caution, un certificateur de caution, Joseph.

Et, comme tout à l'heure, Paul, le débiteur, devient héritier de Jacques, la caution.

Quel sera le sort de la caution de la caution, c'est-à-dire de l'obligation par laquelle Joseph a cautionné Jacques, qui a lui-même cautionné Paul?

Pour cette fois, nous avons une solution textuelle dans l'article 2035 :

« La confusion, qui s'opère dans la personne du dé-
« biteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent
« héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du
« créancier contre celui qui s'est rendu caution de la
« caution. »

Ainsi donc, Pierre, le créancier, peut encore poursuivre Joseph, qui s'est rendu caution de Jacques, lequel avait cautionné Paul.

Solution parfaitement juridique, et qui se justifie par les mêmes arguments, que nous venons de présenter,

pour établir que l'obligation de la caution elle-même n'est pas éteinte (*supra*, n° 734).

Il faut pourtant que nous rappelions que le jurisconsulte Africain avait donné une réponse contraire, dans un fragment, dont l'importance historique et juridique mérite qu'on le cite en entier :

« *Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit; post, idem te hæredem instituit. Quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit. At si idem alium fidejussorem dederit, atque ita hæredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit, liberari.* » (L. 38, § 5, ff. *de Solutionibus.*)

Laissons, pour un moment, de côté la solution relative au gage, que le fidéjusseur avait donnée, et à laquelle nous allons revenir (*infra*, n° 736).

Quant au sous-fidéjusseur, le jurisconsulte romain déclare nettement que la même confusion, qui a libéré le fidéjusseur, l'a libéré aussi. « ....*eum quoque liberari!* »

Nos anciens jurisconsultes français n'avaient pas admis la doctrine romaine; ils décidaient, au contraire, que l'obligation du certificateur de caution survivait à la confusion des qualités de caution et de débiteur principal.

Et, pourtant, chose notable ! ils admettaient eux-mêmes le principe d'Africain, que la confusion des qualités de caution et de débiteur principal éteignait l'obligation de la caution!

Comment donc pouvaient-ils, dans leur système, faire survivre l'obligation de la *sous-caution* à l'extinction de l'obligation de la *caution !*

C'est, répondaient-ils, que :

« Le certificateur de caution accède véritablement à l'obligation principale, quoique non directement.... L'obligation de la caution n'est pas le principal, par rapport

à celle du certificateur, mais seulement le mode sous lequel le certificateur accède à l'obligation principale.... » (Nouveau Denizart, v° *Confusion*, § 3; comp. Pothier, n° 383.)

Telle est encore l'explication, que certains auteurs modernes en fournissent (comp. Toullier, t. IV, n° 426; Troplong, *du Cautionnement*, n° 488).

« Il est évident, dit M. Larombière, que l'obligation du certificateur de caution accède à l'obligation principale.... » (T. III, art. 1301, n° 4.)

Nous le croyons, en effet, aussi, et que cet argument peut être présenté pour expliquer, en cas pareil, le maintien de l'obligation du certificateur de caution.

Mais cet argument n'est pas le seul; il n'est pas même, suivant nous, le meilleur ni le plus juridique; à ce point que, à lui seul, en effet, il ne suffirait pas.

Notre savant collègue, M. Labbé, remarque fort justement qu'un lien très-étroit de dépendance unit la sous-fidéjussion à la fidéjussion, et qu'il serait fort dangereux de le rompre (n° 212).

Est-ce que le sous-fidéjusseur ne serait pas libéré, par voie de conséquence, si le créancier libérait gratuitement le fidéjusseur?

Certainement oui!

Puisque le sous-fidéjusseur, lorsqu'il paye la dette, a, contre le fidéjusseur, un recours, dont le créancier ne saurait le priver! (Arg. de l'art. 2037.)

Eh bien! alors, pourquoi la confusion, si elle éteignait la fidéjussion, n'éteindrait-elle pas aussi la sous-fidéjussion?

Mais la vérité est que la confusion n'éteint pas la fidéjussion.

Et c'est précisément pour cela, qu'elle n'éteint pas non plus la sous-fidéjussion.

Voilà le vrai motif, le motif scientifique.

736. — III. Enfin, supposons (c'est notre troisième

hypothèse) que la caution a fourni un gage ou une hypothèque (*supra*, n° 733).

La loi romaine, comme nous venons de le voir, décidait que le gage continuait de subsister, même après que la caution avait succédé au débiteur principal :

« .... *Nihilominus tamen pignus obligatum manebit.* » (L. 38, § 5, ff. *de Solutionibus.*)

Ainsi, tandis que la confusion des qualités de débiteur principal et de fidéjusseur libérait le sous-fidéjusseur, elle ne libérait pas le gage.

Cette différence, qui offre bien, à première vue, toute l'apparence d'une contradiction, s'expliquait, à Rome, par le caractère prétorien de l'action hypothécaire, qui avait ses modes particuliers d'extinction, distincts des modes d'extinction des obligations d'après le Droit civil.

« *Suas conditiones habet hypothecaria actio*, disait Marcianus, *id est si soluta est pecunia, aut satisfactum est.* » (L. 13, § 3, ff. *de Pignoribus.*)

Or, précisément, le fait seul de la confusion ne produisant, pour le créancier, ni un payement ni une satisfaction quelconque, n'avait pas pour résultat d'éteindre l'action hypothécaire (comp. Labbé, n° 210).

De sorte que cette explication même fournit un nouvel et remarquable appui à la théorie sur laquelle nous avons fondé la confusion et les effets, qui en dérivent.

Donc, la loi romaine maintenait le gage ou l'hypothèque, que la caution avait fourni, même après que le débiteur principal était devenu héritier de la caution.

Et la loi française, que fait-elle, en cas pareil, du gage ou de l'hypothèque?

Elle ne s'en explique pas!

L'article 2035, qui dispose que l'obligation du certificateur de caution continue de subsister, est muet, en ce qui concerne l'hypothèque.

En faut-il conclure qu'il la déclare implicitement éteinte?

Assurément non !

Car c'est pour cette fois que la contradiction serait manifeste et inexplicable !

Si l'article 2035 n'a mentionné que *celui qui s'est rendu caution de la caution*, c'est précisément pour répudier, comme avait déjà fait notre ancien Droit, la distinction romaine, et pour rétablir l'unité et l'harmonie des principes dans cette matière.

Donc, cette même disposition, que le législateur applique explicitement au certificateur de caution, il a entendu, sans aucun doute, l'appliquer implicitement au gage et à l'hypothèque. (Comp. Larombière, t. III, art. 1301, n° 5; Colmet de Santerre, t. V, n° 251 *bis*, II.)

737. — La solution, que nous venons de présenter, pour le cas où le débiteur principal devient héritier de la caution, doit être aussi appliquée, *mutatis mutandis*, au cas où un débiteur solidaire devient héritier de l'un de ses codébiteurs (comp. *supra*, n° 705).

Y a-t-il confusion ?

Non ! répondait Ulpien.

La confusion peut se concevoir entre deux obligations inégales, dont la plus forte absorbe la plus faible.

Mais, entre deux obligations de force égale, comment la confusion pourrait-elle s'opérer ? laquelle donc de ces deux obligations pourrait attirer, et en quelque sorte étouffer l'autre ?

« *Cum vero duæ ejusdem sint potestatis, non potest reperiri an altera potius quam altera consumeretur.* » (L. 5, ff. *de Fidejussoribus ;* L. 93, ff. *de Solutionibus.*)

Sans nous arrêter à cet argument, plus ingénieux peut-être que solide, attachons-nous encore au principe fondamental de la confusion.

L'héritier est tenu de toutes les obligations de son auteur ;

Or, voici un débiteur solidaire, qui est héritier de son codébiteur ;

Donc, le voici, en effet, tenu à deux titres : 1° en vertu de sa dette personnelle ; 2° en vertu de la dette de son auteur, devenue désormais aussi sa dette personnelle.

Est-ce que la succession est un mode d'extinction des obligations ?

Apparemment non !

Et, tout au contraire, la succession, au lieu d'éteindre les obligations, les transmet et les conserve !

Ce codébiteur, devenu héritier de son codébiteur, est donc désormais tenu de la dette à deux titres.

C'est ce que disait aussi, d'ailleurs, Ulpien lui-même :

« *Non esse novum ut duæ obligationes in unius persona concurrant.* »

Et il ajoutait, fort justement, que ce codébiteur remplit, en effet, désormais, deux rôles : « .... *duas obligationis sustinet.* »

En conséquence, la dette solidaire, à laquelle il a succédé, continue de subsister, dans sa personne, à côté de sa propre dette.

Elle continue, disons-nous, de subsister, soit dans l'intérêt du créancier, soit dans l'intérêt des autres codébiteurs.

Le créancier ! il pourra le poursuivre, en vertu de l'une ou de l'autre obligation, suivant qu'il le croira de son plus grand intérêt ; et les cautions et les hypothèques, que le codébiteur décédé avait fournies au créancier, continueront de subsister.

Les codébiteurs ! ils pourront le comprendre, pour deux parts, dans la division, qui se fera entre eux de la dette commune (art. 1213).

Car cette confusion ne doit pouvoir nuire ni au créancier, ni aux autres codébiteurs.

738. — C. Il nous reste à examiner si la confusion, lorsqu'elle s'est une fois opérée, peut être ensuite anéantie ou résolue rétroactivement. (*Supra*, n° 698.)

L'intérêt de cette thèse est considérable.

Il s'agit de savoir si la créance peut, après que la confusion a cessé, reprendre sa force et son efficacité, à l'encontre des tiers, avec toutes les sûretés accessoires, dont elle était munie, gage, hypothèque ou cautionnement.

La réponse se trouve dans une distinction importante :

Non! si la cessation de la confusion procède *ex causâ novâ et voluntariâ*, d'une cause nouvelle et volontaire ;

Oui! si elle procède *ex causâ antiquâ et necessariâ*, d'une cause ancienne et nécessaire ;

Distinction, que nous avons déjà posée, dans une autre matière, précisément en ce qui concerne aussi la confusion. (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens ; — de la Propriété ; — de l'Usufruit ; — de l'Usage et de l'Habitation*, t. II, n°s 684-687.)

739. — *a.* Et d'abord, disons-nous, la créance ne reprend pas son efficacité à l'encontre des tiers, lorsque la confusion cesse en vertu d'une cause nouvelle et volontaire.

Nouvelle, c'est-à-dire postérieure au fait juridique, qui l'a produite ;

Volontaire, c'est-à-dire dépendant du fait libre du créancier ou du débiteur.

Est-il besoin de justifier une telle proposition!

C'est un principe général de notre matière, que lorsqu'un mode de libération, quel qu'il soit, s'est accompli au profit du débiteur, de telle sorte que les tiers, qui se trouvaient engagés dans la dette, ont acquis le droit de ne plus être poursuivis, il n'appartient plus désormais à celui dans la personne duquel la libération s'est opérée, de leur enlever ce droit et de changer leur situation. (Comp. notamment art. 1211, 1255, 1261, 1262, 1263, etc.)

Or, par la confusion qui s'est opérée, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur, l'action, qui résultait, à l'encontre des tiers, de la créance, se trouve

paralysée ; à ce point que l'on s'est, dès longtemps, accoutumé à dire qu'elle est éteinte, en ce qui les concerne, avec la créance elle-même.

Donc, il ne peut plus dépendre de la volonté du créancier, de l'*ex-créancier*, pourrions-nous dire, au point de vue où nous sommes, en ce moment, placé, de lui rendre la vie et le mouvement, au préjudice des tiers. (Comp. *supra*, n° 722 ; Cass., 11 déc. 1832, Dev., 1833, I, 140 ; Cass., 19 avril 1848, Guillot, Dev., 1849, I, 385 ; Duranton, t. XII, n° 487 ; Troplong, *du Cautionnement*, n° 482 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 243 ; Larombière, t. III, art. 1300, n° 14 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 255 *bis*, III.)

740. — *b*. Mais, au contraire, la créance, avons-nous ajouté, reprend vie et force, à l'encontre des tiers, lorsque la confusion cesse en vertu d'une cause ancienne et nécessaire :

Ancienne, c'est-à-dire antérieure au fait juridique, qui l'a produite, ou du moins contemporaine de ce fait ;

Nécessaire, c'est-à-dire indépendante de la volonté de celui, dans la personne duquel la confusion s'était opérée.

C'est que, en effet, dans ce cas, la cause elle-même de la confusion se trouve anéantie ou résolue *in præteritum*, comme si elle n'avait jamais existé.

De sorte qu'il n'est plus possible à personne d'invoquer un prétendu effet d'une cause qui, aux yeux de la loi, est réputée rétroactivement n'avoir pas été produite !

Aussi, a-t-on pu dire fort justement, dans ce cas, que la créance.... *non a morte, sed a somno resurgit !*

Elle ne renaît pas ; car elle n'était pas morte ;

Seulement elle a sommeillé ; et la voici qui se réveille !

Cet anéantissement rétroactif de la confusion peut procéder principalement de deux causes :

Soit de la nullité déclarée du titre juridique, d'où la confusion était d'abord résultée, en apparence ;

Soit de la rescision ou de la résolution de ce titre.

741. — Paul a institué Pierre son légataire universel.

Pierre était son débiteur d'une somme de 100 000 fr., pour sûreté de laquelle il lui avait fourni une caution et une hypothèque.

Pierre est donc libéré par la confusion ; et, du même coup, se trouvent aussi libérées la caution et l'hypothèque.

Mais voilà que l'héritier légitime de Paul demande la nullité du testament fait par son auteur ; et cette nullité est, en effet, prononcée judiciairement.

Qu'en résulte-t-il ?

Que Pierre n'a jamais été légataire universel, et qu'aucune confusion, dès lors, n'a eu lieu.

Il demeure donc ce qu'il était, débiteur envers la succession de Paul, d'une somme de 100 000 fr., garantie par une caution et par une hypothèque.

De même qu'il demeurerait créancier, s'il avait été créancier, au lieu d'être débiteur. (L. 87, § 1, ff. *de Adquir. vel omittenda hæreditate.*)

Quod nullum est, nullum producit effectum.

742. — La même solution, d'ailleurs, sera applicable, si le titre juridique, en vertu duquel la confusion s'est opérée, au lieu d'être déclaré nul, est atteint par l'effet d'une condition résolutoire accomplie.

Car précisément, l'effet de la condition résolutoire est de remettre les choses au même état que si le titre résolu n'avait pas existé ! (Arg. des art. 1183, 2177, etc.)

Nous en avons déjà rencontré, en matière même de confusion, plusieurs exemples.

Un héritier est déclaré indigne. (Art. 727-729.)

Qu'en avons-nous conclu ?

« Que tous les droits réels et personnels, que la confusion momentanée avait éteints, soit du chef de la succession contre l'indigne, soit du chef de l'indigne contre la succession, vont renaître, de part et d'autre, après l'indignité prononcée. » (Comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 302 *bis*.)

743. — Un héritier s'est fait restituer contre l'acceptation pure et simple, qu'il a faite de la succession. (Art. 783.)

Nous en avons conclu, de même, que tous les droits personnels ou réels, que la confusion ou la consolidation avait éteints, doivent renaître, de part et d'autre, soit à son profit contre la succession, soit au profit de la succession contre lui. (Comp. notre *Traité* précité, t. II, n° 564.)

744. — Voilà aussi comment, en matière de substitution, les créances du grevé contre l'instituant, et les créances de l'instituant contre le grevé, qui se trouvaient, pendant la durée de la substitution, paralysées par l'effet de la confusion, reprennent force et vigueur, au moment de son ouverture, soit au profit de la succession du grevé contre les appelés, soit au profit des appelés contre la succession du grevé. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n°s 577 et 612; L. 59, ff. *ad Senat. Trebellianum;* Labbé, n° 178; Toullier, t. IV, n° 439; Sebire et Carteret, *Encyclopédie du Droit*, v° *Confusion*, n° 35; Larombière, t. III, art. 1300, n° 13; voy. toutefois Duranton, t. XII, n° 486.)

SECTION VI.

DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE.

SOMMAIRE.

745. — Exposition. — Texte de l'article 1302.
746. — Division.
747. — I. A quelles obligations est applicable le mode d'extinction, qui résulte de la perte de la chose due.
748. — L'article 1302 correspond à l'article 1245. — Explication.
749. — Suite.
750. — Suite.
751. — Suite.
752. — Suite.
753. — Suite.
754. — Suite.
755. — II. Dans quels cas et sous quelles conditions est applicable le

mode d'extinction de l'obligation, qui résulte de la perte de a chose due. — Il faut que la perte de la chose soit totale.
756. — Suite.
757. — Suite.
758. — Suite.
759. — La perte totale de la chose peut résulter de ce que cette chose a cessé de pouvoir être, physiquement ou légalement, l'objet d'une obligation valable. — Explication.
760. — Quelle que soit l'espèce d'événement, d'où résulte la perte totale de la chose, quatre conditions sont nécessaires pour que cette perte entraîne l'extinction de l'obligation du débiteur. — Exposition.
761. — 1° Il faut que la perte soit arrivée par cas fortuit, sans la faute et sans le fait du débiteur.
762. — Suite.
763. — Suite.
764. — Suite.
765. — Suite.
766. — Suite.
767. — Suite. — De la mort de l'animal, qui était l'objet de l'obligation.
768. — Du vol.
769. — De l'incendie.
770. — Suite. — Renvoi en ce qui concerne l'usufruitier.
771. — La faute ou le fait du débiteur ne peut le rendre responsable de la perte de la chose, qu'autant qu'il se rapporte à l'événement, d'où cette perte est résultée, et qu'il en a été la cause ou, du moins, l'occasion.
772. — 2° La seconde condition, pour que l'obligation s'éteigne par la perte de la chose, est que le débiteur ne fût pas en demeure, lorsque cette perte est arrivée. — Explication.
773. — Suite.
774. — Suite.
775. — Le débiteur ne serait pas responsable de la perte de la chose par cas fortuit, si la demeure, dans laquelle il avait été d'abord, avait été ensuite régulièrement purgée.
776. — 3° Il faut, comme troisième condition, pour que l'obligation s'éteigne par la perte de la chose, que le débiteur ne se soit pas chargé des cas fortuits. — Explication.
776 *bis*. — Suite.
777. — Suite.
778. — Suite.
779. — Appréciation, au point de vue juridique, de la clause, par laquelle le débiteur se charge des cas fortuits.
780. — 4° La quatrième condition pour que le débiteur soit libéré par la perte de la chose, est qu'il ne fût pas débiteur par suite d'un vol.
781. — Lorsque la chose volée a péri par cas fortuit chez le voleur, celui-ci peut-il être admis à prouver qu'elle aurait également péri chez le propriétaire, si elle ne lui avait pas été volée ; de sorte qu'il serait, dans ce cas, libéré aussi par la perte de la chose, de l'obligation d'en restituer le prix?

782. — Suite.
783. — Suite.
784. — La responsabilité civile, que l'article 1302 décrète contre le voleur, est-elle transmissible à ses héritiers?
784 *bis*. — La disposition, que l'article 1302 décrète pour le cas de vol, serait-elle applicable au cas d'escroquerie ou d'abus de confiance?
785. — Lorsque les conditions requises par l'article 1302 ne se rencontrent pas, l'obligation de donner n'est pas éteinte par la perte de la chose due. — Conséquence.
786. — Les obligations de faire ou de ne pas faire sont aussi soumises à l'application du principe sur lequel l'article 1302 repose; mais, en ce qui les concerne, ce n'est pas l'article 1302 qui est applicable; c'est l'article 1148.
787. — Suite.
788. — Suite.
789. — III. Quel est l'effet du mode d'extinction de l'obligation par la perte de la chose due?
790. — D'après l'article 1303, lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier. — Explication historique et juridique.
791. — Suite.
792. — Du cas où l'obligation du débiteur d'un corps certain et déterminé dérive d'un contrat unilatéral. — Exemple. — Explication.
793. — Du cas où l'obligation du débiteur d'un corps certain et déterminé dérive d'un contrat synallagmatique. — Exemples. — Explication.
794. — Suite.
795. — Suite.
796. — Suite.
797. — Suite.

745. — L'article 1302 est ainsi conçu :

« Lorsque le corps certain et déterminé, qui était l'ob-« jet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du com-« merce, ou se perd, de manière qu'on en ignore abso-« lument l'existence, l'obligation est éteinte, si la chose « a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur, et « avant qu'il fût en demeure.

« Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne « s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte, « dans le cas où la chose fût également périe chez le « créancier, si elle lui eût été livrée.

« Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit, qu'il « allègue.

« De quelque manière que la chose volée ait péri ou « ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a « soustraite, de la restitution du prix. »

Tel est le mode d'extinction, que l'article 1234 désigne aussi sous le nom de *Perte de la chose*.

746. — Nous avons, sur ce mode d'extinction, trois points principaux à examiner :

I. A quelles obligations il est applicable;

II. Dans quels cas et sous quelles conditions il a lieu;

III. Quels en sont les effets.

747. — I. Nous demandons d'abord à quelles obligations est applicable le mode d'extinction déterminé par l'article 1302.

Le texte est formel!

Il s'applique aux obligations, qui ont pour objet *un corps certain et déterminé*.

Et, par conséquent, il vise uniquement, dans ses termes mêmes, les obligations *de donner*, et non pas les obligations *de faire ou de ne pas faire*.

On a, toutefois, prétendu que cette section : *De la perte de la chose due*, avait, dans la pensée du législateur, une portée plus grande.

« Attachons-nous, disait M. l'avocat général Nicias Gaillard, devant la Cour de Cassation, à déterminer ce que c'est, dans le sens de la loi, que *la perte de la chose*, et à fixer la portée de cette disposition.

« La *chose*, ce n'est pas seulement ce qu'on s'est obligé à donner; c'est tout aussi bien ce qu'on s'est obligé à faire. » (Art. 1126 ; Cass., 9 janv. 1856, Miard, Dev., 1856, I, 138.)

M. Larombière, en reconnaissant que le texte même des articles 1302 et 1303 ne se rapporte qu'aux obligations de donner, ajoute pourtant aussi que :

« Par les termes généraux, dans lesquels est rédigée la

Rubrique de cette section, elle s'applique également aux obligations de donner et aux obligations de faire. » (T. III, art. 1303, n° 1.)

Mais cette interprétation, soit de la *Rubrique*, soit des *articles* de notre section, manque, suivant nous, d'exactitude.

Il est vrai que le mot : *chose*, est employé, par l'article 1126, dans un sens très-large; et nous avons aussi remarqué que dans ce texte, en effet, il signifie.... « ou un bien, qu'il faut donner, ou un fait, qu'il faut accomplir, ou un fait, dont il faut s'abstenir.» (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 302, et le tome III, n° 4.)

Ce sens large est-il également celui que le législateur y a attaché dans notre section?

La négative nous semble évidente!

Quand l'article 1234 met *la perte de la chose* au nombre des modes d'extinction des obligations, et quand notre section, intitulée : *De la perte de la chose due*, venant organiser ce mode particulier d'extinction, emploie les termes très-significatifs, dans lesquels sa rédaction est conçue, on ne saurait, à notre avis, mettre en doute que cette section est spéciale à l'obligation *de donner*.

Tous ses termes en témoignent!

Et il y a, en effet, d'autant moins lieu d'en douter, qu'elle a été empruntée à Pothier, qui évidemment, dans son chapitre VI, où il s'en occupe, n'avait en vue que les *obligations d'un corps certain et déterminé*, comme il le dit expressément (n° 657), et comme notre article 1302 le dit après lui.

C'est d'ailleurs aussi ce qu'ont déclaré les orateurs du gouvernement, qui n'appliquent l'article 1302 qu'à *l'obligation de livrer la chose*. (Comp. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 388.)

748. — L'article 1302, en un mot, correspond à l'article 1245.

Les deux textes sont également applicables à l'obligation de donner *un corps certain et déterminé* ;

Avec cette différence seulement que l'article 1245 prévoit le cas de la perte partielle de la chose due, tandis que l'article 1302 prévoit le cas de la perte totale.

749. — Oh ! sans doute, le principe même, sur lequel est fondée la section : *De la perte de la chose due*, dans l'obligation de donner, n'est pas non plus étranger à l'obligation de faire.

Notre section, en effet, a pour base deux dispositions, qui, dans leur formule même, s'appliquent aux obligations de faire ou de ne pas faire, comme aux obligations de donner.

Aux termes de l'article 1147 :

« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement « de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution « de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, « toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution « provient d'une cause étrangère, qui ne peut lui être « imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de « sa part. »

Et l'article 1148 ajoute :

« Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts, lorsque, « par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le « débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi « il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. »

Assurément oui !

Et nous avons aussi présenté ces deux textes comme renfermant une application du principe consacré par l'article 1302. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 565.)

Mais ce que nous maintenons, c'est que notre section actuelle, avec ses deux articles 1302 et 1303, se rapporte exclusivement à l'obligation de donner.

Aussi, MM. Aubry et Rau, voulant traiter, à cette place, des obligations de faire ou de ne pas faire, en même temps que des obligations de donner, se sont-ils vus contraints de changer la *Rubrique*, contrairement à M. Larombière, qui la considère comme si générale !

Et ils l'ont intitulée ainsi, dans leur ouvrage :

« *Du mode d'extinction résultant de la provenance d'un empêchement, qui rend impossible l'accomplissement de l'obligation.* »

Formule trop générale peut-être, et qui semblerait faire aux débiteurs des promesses, qu'elle ne pourrait certainement pas tenir! (Comp. le tome IV de ce *Traité*, nos 6 et 16.)

Nous aimons donc mieux, pour notre part, conserver la rubrique législative, et exposer d'abord les articles 1302 et 1303 dans l'application précise et spéciale, que le législateur lui-même en a faite;

Sauf à rappeler ensuite que le principe, sur lequel elle repose, s'applique également aux autres obligations.

750. — Il faut même ajouter que notre section actuelle ne prévoit pas indistinctement toutes les obligations de donner, mais seulement les *obligations pures et simples ou à terme*.

C'est une remarque, que nous avons eu déjà l'occasion de présenter. (Comp. le tome I, n° 419.)

Quant à celles des obligations de donner, qui sont accompagnées de quelques modalités spéciales, c'est dans les sections elles-mêmes où le législateur s'occupe de ces modalités, qu'il a réglé spécialement aussi, pour chacune d'elles, la question des risques et de la perte de la chose.

C'est ainsi que nous avons traité de la perte de la chose :

Dans une obligation conditionnelle, à la section *Des obligations conditionnelles* (art. 1182 et suiv.; comp. le tome II de ce *Traité*, nos 416 et suiv.);

Dans une obligation alternative, à la section *Des obligations alternatives* (art. 1193 et suiv.; comp. le tome III, nos 69 et suiv.);

Et dans une obligation solidaire, à la section *Des obligations solidaires* (art. 1205; comp. le tome III, n° 408).

De sorte que cette section : *De la perte de la chose due*, est, en effet, uniquement relative à l'obligation de donner pure et simple ou à terme.

751. — « Il est évident, disait Pothier, que les obligations d'un corps certain et déterminé s'éteignent par l'extinction de ce corps certain et déterminé » (n° 657).

A l'impossible nul n'est tenu !

Je vous devais telle chose, *in specie, in ipso individuo*, cette chose-là elle-même, et non pas aucune autre !

Si elle périt, il est clair que mon obligation de vous la livrer, est éteinte !

752. — Mais il faut, pour cela, en effet, qu'il s'agisse d'un corps certain et déterminé.

Et nous disons aussi qu'il est évident que ce mode d'extinction est étranger aux obligations de donner, qui ont pour objet des quantités ou des choses déterminées seulement quant à leur espèce.

Je vous dois une somme de 10 000 francs; — ou cinquante mesures de blé; — ou dix tonneaux de vin.

Les quels?

Nous ne savons pas encore.

Ces objets indéterminés de mon obligation ne deviendront déterminés que lorsqu'ils seront, au moment de la délivrance, *comptés, pesés ou mesurés* (art. 1595).

Voilà donc une obligation, qui ne saurait s'éteindre par la perte de la chose.

Car, toutes les choses comprises dans ce genre, ne périront pas,... *genus non perit!*

C'est en ce sens que l'on dit :

« *Incendium ære alieno non exuit debitorem.* » (L. II, Cod., *Si certum petatur;* comp. art. 1022, 1246; notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n°s 707 et 731.)

753. — Il n'en serait autrement que dans le cas, très-rare, mais qui pourtant n'est pas impossible, où le genre tout entier, auquel l'objet de l'obligation appar-

tient, viendrait à cesser de pouvoir être l'objet de l'obligation; comme si la collection d'êtres, dont il fait partie, était soustraite du commerce, et devenait illicite, de licite qu'elle était d'abord (comp. *infra*, n° 759).

734. — Ajoutons que l'explication, que nous venons de fournir, ne doit s'entendre que du cas où l'objet de l'obligation appartient à un genre illimité, *genus illimitatum*, du vin, du blé, de l'argent.

Elle serait donc inapplicable au cas où l'objet de l'obligation appartiendrait, au contraire, à un genre limité, *genus limitatum*.

Je me suis obligé à vous livrer l'un des tonneaux de vin, qui sont dans ma cave « .... *unum de certis.* »

Tous les tonneaux, qui sont dans ma cave, périssent par cas fortuit.

Voilà mon obligation éteinte! (L. 37, ff. *de Verborum obligationibus.*)

Sans aucun doute, puisque la voilà désormais impossible à remplir.

Seulement, il importe, en cas pareil, de bien examiner si l'*assignat* est *limitatif* ou seulement *démonstratif*.

Les termes de la convention et les circonstances du fait sont à considérer soigneusement pour résoudre cette question d'interprétation.

L'assignat serait limitatif, dans l'exemple que nous venons de présenter.

Il serait démonstratif, dans l'exemple, que Pothier présente, d'un débiteur, qui s'est obligé à fournir un tonneau de vin, *à prendre dans ceux de sa cave* (n° 659; arg. des art. 1195-1196; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n°s 733-735; Duranton, t. XII, n° 491; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 245; Colmet de Santerre, t. V, n° 56 *bis*, II; Larombière, t. III, art. 1302, n° 5).

735. — II. Nous avons, en second lieu, à rechercher dans quels cas et sous quelles conditions est applicable

e mode d'extinction de l'obligation, qui résulte de la perte de la chose due. (*Supra*, n° 746.)

Et d'abord, il est évident qu'il ne peut avoir lieu que dans le cas où la perte de la chose est totale « .... *lorsque la chose est totalement périe,* » disait Pothier (n°s 660 et 669; comp. art. 1601).

La preuve en résulte de tous les termes de l'article 1302;

Comme aussi du motif essentiel, sur lequel il est fondé, à savoir : que l'obligation alors s'éteint, parce qu'il ne peut pas y avoir d'obligation sans un objet.

Elle ne s'éteindrait donc pas, si la perte de la chose n'était que partielle.

Et, dans ce cas, ce n'est par l'article 1302 qui serait applicable.

Ce serait l'article 1245 :

« Le débiteur d'un corps certain et déterminé est li-« béré par la remise de la chose due, l'état où elle se « trouve lors de la livraison, pourvu que les détériora-« tions, qui y sont survenues, ne viennent point de son « fait ou de sa faute, ni de celles des personnes dont il « est responsable, ou que, avant ces détériorations, il ne « fût pas en demeure. »

756. — Il en serait ainsi, dans le cas même où, après la perte totale de la chose, il en resterait des débris ou des accessoires.

Après la perte totale de la chose, c'est-à-dire après la destruction complète de sa substance juridique.

« .... *Destructâ forma substantiali, res interiisse videtur...* », disait Brunus, dans son *Traité des Intérêts*, cité par Pothier (n° 669).

Seulement, le débiteur devrait livrer au créancier les débris, les accessoires, qui en resteraient, et les actions qu'il pourrait avoir relativement à la perte de la chose.

C'est la disposition de l'article 1303, qui s'accorde, sous ce rapport, parfaitement avec l'article 1302.

757. — Quel intérêt y a-t-il à distinguer entre le cas de perte totale de la chose et le cas de perte partielle, pour appliquer au premier l'article 1302, et au second l'article 1245?

L'intérêt est considérable!

Puisque, dans le premier cas, l'obligation est éteinte et qu'elle n'est pas éteinte dans le second cas.

Ainsi, nous allons voir que, d'après une doctrine, qui compte d'imposants suffrages, dans le cas de l'article 1302, lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, le débiteur, libéré de son obligation par la perte de la chose, cesse d'être créancier en même temps qu'il cesse d'être débiteur; la perte de la chose n'éteint pas seulement son obligation de la livrer; elle éteint aussi l'obligation, du créancier, de payer le prix. Nous ne partageons pas cette doctrine sur laquelle nous reviendrons bientôt.

Mais, en admettant même qu'elle fût exacte, sur l'article 1302, pour le cas de perte totale, il nous paraît évident qu'elle ne le serait pas, sur l'article 1245, pour le cas de perte partielle.

758. — Nous allons voir aussi que, dans le cas de perte totale, d'après l'article 1302, celui qui a soustrait la chose par un vol au propriétaire, est tenu de la restitution du prix, de quelque manière que la chose volée ait péri, sans pouvoir être admis à prouver qu'elle aurait également péri chez le propriétaire, si elle ne lui avait pas été soustraite.

Telle est, du moins, notre doctrine sur cette thèse controversée; et nous entreprendrons bientôt de l'établir.

Mais nous reconnaissons que cette doctrine, qui est, à notre avis, exacte sur l'article 1302, pour le cas de perte totale, ne le serait pas sur l'article 1245, pour le cas de perte partielle.

D'une part, le texte de l'article 1245 ne renferme pas la disposition rigoureuse, que renferme l'article 1302.

Et d'autre part, cette disposition étant, en effet, rigoureuse, ne saurait être étendue au delà des termes mêmes de la loi;

Avec d'autant plus de raison, que la situation n'est pas, dans les deux cas, la même, puisque, dans le cas où la perte n'est que partielle, le voleur remplit, en réalité, toute son obligation relativement à la chose, en restituant au propriétaire cette chose elle-même en nature, dans l'état où elle se trouve. (Comp. Larombière, t. III, art. 1302, n° 14.)

759. — La perte totale de la chose peut résulter de ce que cette chose a cessé de pouvoir être, physiquement ou légalement, l'objet d'une obligation valable.

La chose vient à périr.

Je vous devais tel cheval, tel troupeau. Le cheval et le troupeau sont morts! « .... *subtractis mortalitate servis aut pecoribus, aliisque rebus casu intercidentibus....* » (L. 19, ff. *de Vi et vi armata.*)

La chose est mise hors du commerce.

Je vous devais, dit Pothier, un certain *minot* de terre; et, par autorité publique, on l'a pris pour faire un grand chemin (n° 650). Ou, j'étais, envers vous, débiteur de certaines armes ou de certaines substances; et une loi interdit le commerce de ces armes ou de ces substances, déclarées désormais dangereuses ou vénéneuses.

La chose se perd, de manière qu'on en ignore absolument l'existence.

Car une chose, qui est perdue, disait aussi Pothier, à qui cette formule est presque textuellement empruntée, est peu différente de celle, qui a cessé d'exister; « comme, lorsque, par une violence, à laquelle le débiteur ne pouvait pas résister, la chose, qu'il devait, lui a été ravie par des voleurs, qui l'ont emportée on ne sait pas où! » (N° 656.)

760. — Mais, quelle que soit l'espèce d'événement, d'où résulte la perte totale de la chose, quatre conditions

sont nécessaires pour que cette perte entraîne l'extinction de l'obligation du débiteur.

Il faut :

1° Que la perte soit arrivée par cas fortuit, sans sa faute ou sans son fait ;

2° Qu'il ne soit pas en demeure ;

3° Qu'il ne se soit pas chargé des cas fortuits ;

4° Qu'il ne soit pas débiteur de la chose par suite d'un vol.

761. — 1° Il faut d'abord, disons-nous, que la perte de la chose soit arrivée *sans la faute du débiteur.* (Art. 1302.)

Ajoutons, avec l'article 1245 : ou *sans la faute de celles des personnes, dont il est responsable.*

Quant à l'appréciation des fautes, qui peuvent engager la responsabilité du débiteur, relativement à la conservation de la chose, nous ne pouvons que nous référer à la doctrine, que nous avons exposée sur l'article 1137, dans lequel le législateur l'a déterminée. (Comp. le tome I de ce *Traité,* n°s 404 et suiv.)

762. — Ce n'est pas d'ailleurs seulement *de sa faute,* que le débiteur est responsable.

C'est aussi de son *fait !*

L'article 1302 doit évidemment encore, sous ce rapport, être complété par l'article 1245.

Nous avons, en effet, aussi déjà exposé ailleurs le principe, d'où il résulte que si le simple fait, exempt de faute, peut ne pas suffire pour créer une obligation nouvelle, il ne saurait suffire pour éteindre une obligation préexistante ;

Principe, qui est textuellement consacré par l'article 1245. (Comp. le tome I de ce *Traité,* n° 428 ; notre *Traité de l'Absence,* n° 221 ; et notre *Traité des Successions,* t. IV, n° 487.)

763. — Ce qui est donc finalement nécessaire, c'est que la perte de la chose soit le résultat *d'une cause étran-*

gère, qui ne peut lui être imputée, suivant les termes de l'article 1147, ou, suivant les termes de l'article 1148, *d'une force majeure ou d'un cas fortuit.*

C'est, en effet, de ces deux textes que dérive le principe de l'extinction de l'obligation par la perte de la chose due.

A l'impossible nul n'est tenu!

Principe général de raison et de nécessité! (Comp. art. 1808, 1954 Cod. Napol.; art. 230 Cod. de Commerce.)

Quels sont les caractères de ces événements, que l'on désigne sous les noms de force majeure ou de cas fortuit?

Nous avons entrepris de les exposer précisément sur les articles 1147 et 1148; il suffit donc encore de nous référer aux développements, que nous avons fournis sur cette matière. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 552 et suiv.; Cass., 9 janv. 1856, Miard, Dev., 1856, I, 129; et les remarquables conclusions de M. l'avocat général Nicias Gaillard, *h. l.*, p. 130 et suiv.)

764. — Nous avons aussi, à cette même place, résolu la question de preuve, et déterminé la distribution des rôles entre les parties. (Comp. notre *Traité* précité, t. I, n° 561.)

Aux termes de notre article 1302 :

« Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit, qu'il « allègue. »

C'est la règle, que nous avons posée, règle fondamentale, conforme au Droit commun des preuves (art. 1315; L. 2, ff. *de Probationibus*).

Le débiteur est tenu de donner la chose; nous supposons que le demandeur a fourni, contre lui, sa preuve.

Constitué donc ainsi défendeur, s'il ne donne pas la chose, qui fait l'objet de son obligation, c'est à lui de prouver qu'il se trouve, sans son fait, dans l'impossibilité de la donner et que son obligation est éteinte.

Tant qu'il n'a pas fourni cette preuve, il demeure

toujours débiteur, toujours tenu de son obligation de donner.

Mais aussi, cette preuve une fois fournie, il est libéré;

A moins que le demandeur (propriétaire ou créancier de la chose) ne prouve, à son tour, que le cas fortuit a été précédé de quelque faute de la part du débiteur.... *si culpa casum præcessit.* (Comp. art. 1807, 1808.)

765. — Nous avons déjà remarqué que les cas fortuits ou de force majeure sont de deux sortes :

Les uns sont, par eux-mêmes, exclusifs d'une faute ou d'un fait imputable au débiteur : le feu du ciel, la tempête, les inondations, la guerre, le fait du Prince, etc.

Et généralement, quant à ceux-là, il suffit au débiteur de fournir la preuve de l'événement lui-même, preuve ordinairement facile, pour être libéré de son obligation (comp. le tome I de ce *Traité*, nº 562).

766. — Mais il est d'autres événements, qui peuvent avoir également pour cause soit un cas fortuit, soit une faute ou un fait du débiteur. La mort, par exemple, ou le vol, ou l'incendie.

Suffit-il, quant à ceux-là, au débiteur, afin d'être libéré de son obligation, de prouver le fait lui-même?

Ou doit-il, en outre, prouver qu'il a veillé, en bon père de famille, à la conservation de la chose, et qu'aucune faute ni aucun fait de sa part n'a pu produire le sinistre, dans lequel elle a péri?

Voici comment s'exprime, sur ce point, notre savant collègue, M. Colmet de Santerre :

« L'article 1302, troisième alinéa, contient l'application d'une règle fondamentale de la théorie des preuves (art. 1315, deuxième alinéa). Le débiteur doit prouver sa libération ; seulement, il ne faut pas exagérer cette règle. *Quand le débiteur a prouvé un certain fait, qui a les caractères apparents du cas fortuit*, la présomption est en sa faveur ; et si le créancier allègue que cet événement a été causé par le fait ou la faute du débiteur, c'est lui

qui doit faire la preuve de cette nouvelle allégation. » (T. V, n° 64 *bis*, I, et n° 258 *bis*.)

Nous croyons, toutefois, que cette doctrine est trop indulgente pour le débiteur.

Et, à notre avis, il faut décider, en principe, que c'est à lui de prouver, en outre, que cet événement, qui a les caractères apparents d'un cas fortuit, est arrivé sans sa faute et sans son fait.

C'est que, en effet, ces sortes d'événements ne sauraient être libératoires immédiatement, par eux-mêmes et par eux seuls;

Précisément, parce qu'ils ne sont point, par eux-mêmes et par eux seuls, exclusifs de toute faute ou de tout fait imputable au débiteur.

767. — La mort! voilà sans doute une cause de perte, qui se présente avec les caractères apparents d'un cas fortuit; les docteurs l'ont même nommée *naturale*, dans la nomenclature qu'ils en ont faite. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 553.)

C'est aussi celle, que les jurisconsultes romains citent le plus souvent comme exemple : « *mortuo homine...*, *mortuo bove.... subtractis mortalitate servis aut pecoribus.* » (L. 15 et 16, ff. *de Rei vindicatione;* L. 19, ff. *de Vi et vi armata.*)

Et, pourtant, est-ce qu'il suffirait, par exemple, au débiteur d'un cheval, pour prouver l'extinction de son obligation, de répondre :

Le cheval, que je devais vous livrer, est mort!

Mais comment? par quelle cause? et de quelle manière?

C'est bien le moins que vous le prouviez!

Avez-vous appelé, à temps, l'homme de l'art, pour lui donner ses soins? lui avez-vous fourni les médicaments nécessaires? ne lui avez-vous pas imposé un travail excessif, d'où le mal serait venu?

Il ne faut pas objecter, avec Proud'hon, que c'est là

un fait négatif, dont la preuve ne saurait être mise à la charge du débiteur, qui serait fort embarrassé, dit-il, de prouver qu'il n'a pas commis de faute! (*De l'Usufruit*, t. III, nos 1540 et suiv.)

Car ce prétendu fait négatif peut être établi, comme il arrive le plus souvent, par la preuve d'un fait affirmatif contraire.

C'est ainsi que le débiteur pourra prouver qu'il n'a pas imposé au cheval, qui faisait l'objet de son obligation, un travail excessif, en prouvant le service, auquel il l'a employé, et que ce service, en effet, n'excédait pas ses forces.

768. — Et le vol! n'est-il pas clair que le débiteur ne prouvera pas l'extinction de son obligation par la perte de la chose, en se bornant à dire, même en toute vérité :

Elle m'a été soustraite!

En supposant même un vol avec violence, encore faudrait-il qu'il prouvât les caractères de cette violence, et qu'il n'a pas pu y résister.... « *cui resisti non potest.* » (L. 15, § 2, ff. *Locati.*)

A plus forte raison, s'il s'agissait d'une simple soustraction, la preuve des circonstances, dans lesquelles elle a eu lieu, devrait-elle être fournie par lui.

« *Contra furtum*, disait Averani, *in quo nulla vis adhibetur, a diligenti patre familias præcaveri potest. Raro sine culpa nostra accidit!* » (*Interpret. juris*, lib. II, c. 26, n° 14.)

L'observation est très-vraie!

Et il faudra certainement que le débiteur fournisse des explications : s'il avait placé la chose où elle devait être, en lieu de sûreté, ou s'il l'avait imprudemment exposée aux entreprises des malfaiteurs, etc.

769. — La question, en ce qui concerne l'incendie, peut paraître plus délicate.

Et, toutefois, nous pensons que la même solution doit y être appliquée.

La disposition de l'article 1302 est générale :

« Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit, qu'il « allègue. »

Or, l'incendie est un de ces événements, qui peuvent avoir pour cause, suivant les circonstances, soit un cas fortuit, soit une faute ou une imprudence du débiteur;

Donc, il ne suffit pas, en effet, au débiteur de prouver le fait seul de l'incendie, s'il ne prouve pas en même temps la cause et, par suite, le caractère de ce fait.

Ce n'est pas que nous prétendions que celui, chez lequel un incendie s'est déclaré, soit, de plein droit, présumé en faute envers tous ceux, auxquels cet incendie a pu causer un dommage.

Paul a dit, il est vrai :

« *Incendia plerumque culpa inhabitantium fiunt!* » (L. III, § 1, ff. *de Officiis Præfecti vigilium.*)

Ce qui n'est, hélas ! que malheureusement trop exact, en fait !

Mais, en Droit, nous savons bien qu'il n'existe, chez nous, aucune présomption pareille, avec un tel caractère de généralité.

Non ! celui, chez lequel un incendie s'est déclaré, n'est pas présumé en faute, envers son voisin, par exemple, qui exerce, contre lui, une action en dommages-intérêts en vertu de l'article 1382, lorsque le demandeur et le défendeur ne sont pas liés, l'un envers l'autre, par une obligation préexistante. C'est alors, en effet, ce voisin, qui est demandeur; et comme tel, il doit prouver le fondement de son action, c'est-à-dire que le défendeur a commis une faute ou une imprudence (comp. Cass., 7 mai 1855, Guige de Maizol, Dev., 1855, I, 444).

Mais tout autre est notre situation !

Le demandeur, dans notre hypothèse, c'est le débiteur lui-même, qui prétend trouver, dans l'incendie, qu'il invoque, une cause d'extinction de son obligation.

Le créancier, lui ! a fait sa preuve, en établissant l'existence de cette obligation.

Et c'est le débiteur, d'abord défendeur et devenu maintenant demandeur dans son exception, qui doit, à son tour, prouver que le fait, qu'il invoque, a bien le caractère d'un cas fortuit.

Le meuble, dont il était débiteur, et qui a péri dans l'incendie, était-il placé où il devait être ? n'aurait-il pas pu être sauvé, si le débiteur y avait mis un peu plus de soin et de diligence ? (Comp. Lyon, 14 mai 1849, Compagnie générale du Soleil, Dev., 1850, II, 525 ; Cass., 5 janv. 1870, Comp. la France, Dev., 1870, I, 335.)

L'immeuble lui-même, si c'est un immeuble, qui faisait l'objet de son obligation, n'aurait-il pas pu être préservé? le débiteur s'est-il conformé exactement aux ordonnances de police sur le ramonage? n'a-t-il pas imprudemment placé des matières inflammables trop près de sa cheminée, ou de son fourneau? etc.

Il faudra bien qu'il donne toutes ces explications, afin de fournir aux juges, appelés à prononcer sur ces délicates questions de responsabilité, la preuve qu'il est impossible que l'incendie provienne de son fait ou du fait des personnes dont il est reponsable. (Comp. Caen, 15 juin 1872, Guillot, Dev., 1873, II, 7.)

Telle serait notre doctrine, pour laquelle nous pouvons aussi trouver un appui dans l'article 1733, qui rend preneur à bail responsable de l'incendie envers le bailleur.

Nous reconnaissons que cette disposition est spéciale au contrat de bail, et que la présomption légale, qu'elle décrète, ne saurait être étendue d'un cas à un autre (art. 1350).

Mais il faut aussi reconnaître que cette disposition elle-même repose sur un principe de Droit commun, en tant qu'elle met à la charge du locataire, débiteur de la chose louée, la preuve du cas fortuit, qu'il invoque pour

établir l'extinction de l'obligation, où il était de la restituer au propriétaire. (Comp. Lyon, 7 mars 1840, *Assurances générales*, Dev., 1840, II, 275; Cass., 14 nov. 1853, Départ. de l'Isère, Dev., 1854, I, 676; Metz, 21 déc. 1854, *Comp. d'Assurances générales*, Dev., 1855, II, 121; Pothier, *Traité des Cheptels*, t. III, p. 396; Merlin, *Répert.*, v° *Incendie*, § 2; Troplong, *de la Vente*, t. I, n°s 402 et suiv.; *du Louage*, t. II, n°s 363 et suiv., et t. III, n°s 1083 et suiv.)

770. — Nous avons examiné, ailleurs, la même question, en ce qui concerne l'usufruitier dans ses rapports avec le nu-propriétaire.

Mais nous n'avons pas, à cette place, insisté sur le caractère de l'incendie, considéré comme cas fortuit.

Ce qu'il y aurait de mieux à soutenir, dans l'intérêt de l'usufruitier, pour le soustraire, en cas d'incendie, à toute responsabilité, c'est qu'il n'est pas précisément débiteur de la chose envers le nu-propriétaire.

Il a, dans cette chose, comme le nu-propriétaire, un droit réel, distinct et indépendant, qui fait de lui, en quelque sorte, plutôt qu'un débiteur, un copropriétaire *in parte qua*.

De sorte que l'incendie les frappe tous les deux, du même coup, et chacun, dans l'espèce de droit, qui lui aptenait sur la chose.

Nous reviendrons, dans le Titre de l'*Usufruit*, sur cette application spéciale de notre doctrine. (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens; — de la Propriété; — de l'Usufruit; — de l'Usage; —* et *de l'Habitation*, t. II, n° 628.)

771. — Ajoutons enfin, sur cette première condition, que la faute ou le fait du débiteur ne peut le rendre responsable de la perte de la chose, qu'autant que cette faute ou ce fait se rapporte à l'événement, d'où la perte est résultée, et qu'il en a été la cause, ou du moins, l'occasion.

Ainsi, aux termes de l'article 1881 :

« Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, « ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera « tenu de la perte arrivée même par cas fortuit. »

Eh bien! nous croyons qu'il faut, même dans ce cas, pour que l'emprunteur soit tenu de la perte par cas fortuit, que le cas fortuit ait pour origine et pour cause *cet autre usage*, auquel il a employé la chose, ou le *temps plus long*, pendant lequel il s'en est servi.

Je vous prête un cheval pour aller à Villejuif; et vous allez à Saint-Denis. En chemin, le cheval est atteint d'une tranchée rouge, dont il meurt.

Troplong, à qui nous empruntons cet exemple, répond :

« Vous ne devez pas en payer la valeur; et la perte retombe sur moi. » (*Du Prêt*, n° 101.)

Tel est aussi notre avis.

Il est vrai que le texte de l'article 1881 est absolu et ne semble pas se prêter à cette distinction.

Mais ce texte n'est lui-même qu'une application du principe général sur l'extinction de l'obligation par la perte de la chose due.

Or, c'est dans l'article 1302, que ce principe est posé; et ce qu'il peut y avoir de trop absolu dans la formule de l'article 1881, doit être corrigé par la formule plus large de l'article 1302. (Comp. Pothier, *du Prêt à usage*, n° 60; Duranton, t. XVII, n° 32; Duvergier, n° 60; Larombière, t. III, art. 1302, n° 13.)

772. — 2° La seconde condition, pour que l'obligation s'éteigne par la perte de la chose, est, avons-nous dit, que le débiteur ne fût pas en demeure, lorsque cette perte est arrivée. (*Supra*, n° 760.)

Rien de plus simple; et on pourrait dire que cette seconde condition se confond avec la première.

La demeure du débiteur! mais c'est aussi une faute!

Et une faute, qui doit entraîner, à sa charge, l'obli-

gation de réparer le dommage, qui en est résulté pour le créancier (comp. art. 1929).

Voilà comment la demeure peut le rendre responsable de la perte même arrivée par cas fortuit; à savoir : lorsque c'est sa demeure, qui est cause que ce cas fortuit a fait périr la chose; parce que, la chose n'aurait pas péri chez le créancier, si elle lui eût été livrée, dans le temps où elle devait l'être.

Le cheval, que vous étiez en demeure de me livrer, a péri, chez vous, dans un incendie allumé par la foudre.

C'est un cas fortuit!

Assurément oui.

Mais le cheval, dont vous étiez débiteur envers moi, n'y aurait pas péri, sans votre demeure, et si vous me l'aviez livré, avant cet incendie.

Donc, c'est, en effet, votre demeure, qui est cause de la perte de la chose et du dommage, que j'éprouve.

773. — Cette explication nous amène naturellement au second alinéa de l'article 1302, qui se trouve ainsi, lui-même, par avance, expliqué :

« Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne « s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte « dans le cas où la chose fût également périe chez le créan- « cier, si elle lui eût été livrée. »

C'est, en effet, seulement à titre de dommages-intérêts résultant de sa demeure, que le débiteur peut devenir responsable de la perte de la chose par cas fortuit.

Or, d'une part, le créancier n'a droit à des dommages-intérêts qu'autant qu'il a souffert un dommage. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 565.)

D'autre part, le créancier, dans notre espèce, ne souffre aucun dommage resultant de la demeure du débiteur, puisque, même sans cette demeure, la chose aurait péri chez lui, comme elle a péri chez le débiteur.

Donc, il n'existe, dans ce cas, aucun principe d'obli-

gation contre celui-ci; et il doit être, en conséquence, libéré par la perte de la chose.

774. — Dans quels cas sera-t-on autorisé à dire que la chose, qui a péri par cas fortuit chez le débiteur depuis sa demeure, n'aurait pas également péri chez le créancier, si elle lui eût été livrée?

Question de fait, à décider par les magistrats d'après les circonstances de chaque espèce.

« On présumera facilement, dit Pothier, que la chose ne serait pas également périe chez le créancier, si le créancier était un marchand, qui l'achèterait pour la revendre (n° 664).

Ou encore si j'avais besoin, pour faire un voyage, du cheval que vous deviez me livrer, et que j'en eusse même loué un, avec lequel j'étais absent de chez moi, lorsque l'incendie a éclaté chez vous.

775. — Est-ce la peine de dire que le débiteur, qui avait été d'abord en demeure, ne serait plus responsable de la perte de la chose par cas fortuit, si cette perte n'était arrivée qu'après que sa demeure avait été purgée, soit par des offres valablement faites, soit par quelque convention entre le créancier et lui?

Cela est d'évidence, puisqu'il ne serait plus, dès ce moment, un débiteur en demeure! (Comp. Pothier, n° 663; Larombière, t. III, art. 1302, n° 13.)

776. — 3° Il faut, comme troisième condition, pour que l'obligation s'éteigne par la perte de la chose, que le débiteur ne se soit pas chargé des cas fortuits. (*Supra*, n° 760.)

La chose due a péri par cas fortuit, sans la faute du débiteur, sans son fait, et sans qu'il fût en demeure.

Bien plus encore! le débiteur offre de prouver, il est en mesure de prouver que la chose, qui a péri chez lui, aurait également péri chez le créancier!

Et pourtant, il ne sera pas libéré de son obligation.

Il ne peut plus restituer la chose, par suite d'une cause qui lui est étrangère.

Peu importe !

Il faudra qu'il en paye le prix.

Le texte de l'article 1302 est formel :

« Lors même que le débiteur est en demeure, *et s'il ne « s'est pas chargé des cas fortuits,* l'obligation est éteinte, « dans le cas où la chose fût également périe chez le « créancier, si elle lui eût été livrée. »

C'est qu'il s'y est ainsi engagé, et que la convention fait la loi des parties contractantes (art. 1134).

Cette convention, par laquelle le débiteur s'est chargé des cas fortuits, qu'est-elle, en effet, autre qu'un contrat d'assurance, par lequel il a pris les risques à sa charge.

Or, la loi reconnaît la validité du contrat d'assurance (art. 1964).

Ajoutons que la clause, par laquelle le débiteur se charge des cas fortuits, a le grand avantage de prévenir les difficultés, qui peuvent souvent s'élever sur le caractère de l'événement, dans lequel la chose a péri, si c'est par la faute du débiteur, ou par son fait, ou autrement; ou si la chose aurait également péri chez le créancier.

La situation devient, au contraire, ainsi très-simple et très-nette !

Et voilà pourquoi, en effet, la loi admet la convention, par laquelle le débiteur se charge des cas fortuits; d'autant plus que cette aggravation de son obligation se trouve presque toujours compensée par les avantages plus grands, qui sont consentis, en retour, à son profit, par le créancier. (Comp. *infra*, n° 779.)

Un cas particulier est excepté de cette règle, par des motifs, en effet, particuliers au contrat de cheptel. (Art. 1811 ; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 564.)

776 *bis.* — Cette convention est donc, disons-nous, licite et valable.

Mais aussi, comme elle est rigoureuse, et qu'elle peut devenir très-grave pour le débiteur, il est nécessaire que les termes du contrat ne laissent, à cet égard, aucun doute.

Le doute, s'il en existait, devrait, conformément au Droit commun, s'interpréter en faveur du débiteur. (Art. 1162.)

C'est ainsi que Pothier écrivait qu'il faut que le débiteur se soit chargé des cas fortuits *par une clause particulière du contrat.*

L'article 1772 exige, plus nettement encore, qu'il s'en soit chargé *par une stipulation expresse ;*

A moins qu'il n'existe, pour un cas particulier, un texte spécial, qui interprète, en ce sens, la convention des parties, comme l'article 1883, pour le prêt à usage.

777. — Le débiteur peut d'ailleurs se charger seulement d'une certaine espèce déterminée de cas fortuits.

Et alors, bien entendu, il ne répond que de ceux-là, et point des autres, par suite desquels la chose viendrait à périr. (Comp. L. 13, § 5, ff. *Locati ;* Pothier, n° 668.)

778. — Lors même que le débiteur s'est chargé indistinctement des cas fortuits, Pothier pensait que cette clause, malgré sa généralité, ne comprend « *que ceux qui ont pu être prévus par les parties, et non pas ceux qu'elles n'ont pas pu prévoir, et auxquels il n'y avait aucun lieu de s'attendre* » (n° 668).

Faut-il encore admettre la même doctrine, sous l'empire de notre Code?

M. Jaubert, dans l'*Exposé des motifs*, s'est ainsi exprimé :

« La loi dit : *les cas fortuits*. L'expression est absolue. Ainsi, à moins qu'une loi sur une espèce de contrat n'établisse un droit particulier, on ne verra plus ces distinctions, qui donnaient lieu à tant de procès. Le cas fortuit était-il ordinaire ou extraordinaire? avait-il été prévu ? la loi comprend toute espèce de cas fortuits, par cela

seul qu'elle ne distingue pas. » (Locré, *Législation civ.*, t. XII, p. 490.)

Cette doctrine nous paraîtrait, en effet, la plus sûre, en thèse générale ;

En réservant, pourtant, même sur cette question, le pouvoir d'interprétation, qui appartient aux juges, quand il s'agit de découvrir, dans les conventions, quelle a été la véritable et commune intention des parties contractantes. (Comp. L. 15, § 2, *Locati;* art. 1150, 1772, 1773 ; le tome I de ce *Traité*, n° 554.)

779. — La clause, par laquelle le débiteur se charge des cas fortuits, a généralement un caractère commutatif, qui la justifie et la légitime.

Est-ce, par exemple, un lapidaire, qui, recevant une pierre précieuse pour la tailler, se charge de la fracture, qu'elle pourrait subir, non-seulement par son impéritie, *imperitia facientis*, mais encore par le vice de la matière, *vitio materiæ ?*

Il est clair qu'il aura demandé, pour son travail, un prix plus élevé que s'il ne s'était pas chargé de ce risque ! (Comp. L. 13, § 3, ff. *Locati.*)

Est-ce un créancier, qui se charge des cas fortuits, qui pourraient amener la perte de la chose, que son débiteur lui donne en gage ?

Il en est dédommagé par la sûreté, qu'il se procure. (L. 6, Cod., *de Pignerat. actione.*)

Et même, dans un contrat de bienfaisance, comme le prêt à usage, on voit bien l'intérêt qu'a l'emprunteur à se charger des cas fortuits, par suite desquels la chose pourrait périr chez lui ; l'usage même, qu'il va faire de cette chose, l'en dédommage ; et, peut-être, ne l'aurait-il pas obtenue sans cela !

Mais supposons que le débiteur, qui consent une telle clause, n'y a, pour lui-même, aucun intérêt.

Voici, par exemple, un dépositaire, qui se charge, envers le déposant, des cas fortuits.

Où donc est l'avantage, qu'il y trouve !

Et si, en effet, la chose déposée périt chez lui par cas fortuit, quelle va être la cause de la restitution du prix, qu'il en fera au déposant ?

Ce meuble précieux, que vous aviez déposé chez moi, était d'une valeur de 20 000 fr.

Il a péri par cas fortuit.

Me voilà donc libéré !

Et si je vous livre, après cela, une somme de 20 000 francs, est-il, en vérité, possible de dire que c'est une restitution, ou un payement, que je vous fais ?

Non ! je n'avais rien à vous restituer, rien à vous payer.

Qu'en conclure ?

C'est que la clause, dans de telles conditions, pourrait prendre le caractère d'une libéralité, qu'il faudrait soumettre, quant au fond, aux règles, qui gouvernent les donations.

Et il se pourrait, en effet, que cette conclusion dût être admise. (Comp. Pothier, n° 668; Colmet de Santerre, t. V, n° 257 *bis*, II.)

780. — 4° Enfin, la quatrième condition requise pour que le débiteur soit libéré par la perte de la chose, est, avons-nous dit, qu'il ne soit pas débiteur de cette chose par suite d'un vol. (*Supra*, n° 760.)

Le dernier alinéa de l'article 1302 s'exprime, à cet égard, en termes énergiques :

« De quelque manière que la chose volée ait péri ou
« ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui, qui l'a
« soustraite, de la restitution du prix. »

Ainsi donc, que la chose volée ait péri sans la faute ou sans le fait du voleur;

Qu'elle ait péri par le cas fortuit le plus incontestable ;

Il n'importe !

Le voleur n'en doit pas moins la restitution du prix de cette chose.

781 — Mais voici une question fort controversée.

Lorsque la chose volée a péri par cas fortuit chez le voleur, celui-ci peut-il être admis à prouver qu'elle aurait également péri chez le propriétaire, si elle ne lui avait pas été volée;

De sorte qu'il serait, dans ce cas, libéré aussi, par la perte de la chose, de l'obligation d'en restituer le prix?

La solution affirmative compte des partisans considérables dans la doctrine.

MM. Aubry et Rau, notamment, s'expriment ainsi :

« L'exception introduite par le second alinéa de l'article 1302, doit être admise, dans le cas même où il s'agit de la restitution d'une chose volée. Si le quatrième alinéa du même article dit que la perte de la chose volée ne dispense pas celui, qui l'a soustraite, de la restitution du prix, *quelle que soit la manière, dont cette chose ait péri ou ait été perdue,* c'est pour indiquer qu'il est, dans cette hypothèse, inutile d'examiner si c'est par la faute ou sans la faute du débiteur, que la perte a eu lieu. Le voleur, constitué en demeure par le fait même du vol, est nécessairement tenu des cas fortuits et de force majeure. Mais, comme il n'est responsable de ces risques qu'à raison de sa mise en demeure, qui s'opère de plein droit, il en résulte que l'exception établie par le second alinéa de l'article 1302, lui est parfaitement applicable. L'opinion contraire conduirait d'ailleurs à une violation manifeste de la règle : *nemo cum damno alterius locupletior fieri debet.* » (Sur Zachariæ, t. IV, p. 244.)

Tel est aussi le sentiment, que Duranton professe, avec une conviction très-ferme :

« *A nos yeux,* dit-il, *cela n'est pas douteux !* » (T. XII, n° 506.)

782. — Ce sentiment pourtant n'est pas le nôtre.

Et nous espérons, au contraire, pouvoir démontrer que le voleur ne doit pas être admis à prouver que la chose volée, qui a péri, chez lui, par cas fortuit, aurait également péri chez le propriétaire, si elle ne lui avait pas été volée :

1° Le texte de la loi nous paraît d'abord formel en ce sens :

« *De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue*, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix;

Or, la circonstance, que la chose, qui a péri chez le voleur, aurait également péri chez le propriétaire, se rapporte non pas *au temps, au délai*, dans lequel elle a péri, mais *à la manière dont elle a péri;* cette circonstance dépend du caractère même de l'événement, qui a causé sa perte;

Donc, le voleur ne peut pas invoquer cette circonstance, sans une violation flagrante de la lettre même de la loi!

Qu'il vienne dire, par exemple :

L'incendie, qui a fait périr la chose dans ma maison, s'est étendu aussi à la maison du propriétaire; et il l'a détruite, comme la mienne! cet incendie aurait donc détruit la chose chez lui, comme il l'a détruite chez moi.

Est-ce qu'il ne cherchera pas ainsi son moyen de libération *dans la manière dont la chose a péri*, dans l'incendie même, qui est le cas fortuit, d'où la perte est résulté ?

Cela nous semble manifeste!

Et, par conséquent, les termes de l'article 1302, qui ne comportent aucune distinction de ce genre, s'opposent absolument à ce que le voleur invoque ce moyen de défense.

2° Le texte doit d'autant plus, suivant nous, être ainsi entendu, qu'il n'est que la reproduction de la doctrine de Pothier, qui était, sur ce point, fort explicite :

« *On n'entre point*, disait-il, *dans la discussion de savoir si la chose serait également périe chez le créancier, à l'égard de la restitution des choses dues par ceux, qui les ont volées ou ravies;* ils sont tenus indistinctement du prix

de la chose, lorsqu'elle est périe entre leurs mains. » (L. *fin.*, ff. *de Condict. furtiv.*; L. 19, ff. *de Vi et de vi armata; Quod ita receptum odio furti et violentiæ.*) Observez aussi, à l'égard de ces personnes, qu'elles soient censées en demeure du jour de leur vol ou ravissement, et qu'il n'est pas besoin de demande pour les y mettre » (nº 664).

Voilà l'origine de l'article 1302 et son vrai commentaire !

3º On objecte que le voleur n'est tenu des cas fortuits que parce qu'il est, de plein droit, en demeure;

Or, le débiteur même, qui est en demeure, ne répond pas du cas fortuit, qui a fait périr la chose chez lui, lorsque cette chose aurait également péri chez le créancier, si elle lui eût été livrée.

Donc, il doit en être de même, dit-on, du voleur, puisque c'est à cause de sa demeure, qu'il est tenu des cas fortuits.

La réponse nous paraît facile!

Que le voleur soit en demeure de restituer la chose, dès l'instant même où il l'a soustraite, cela est incontestable; et on a parfaitement raison de l'affirmer!

Mais où la doctrine que nous combattons, a, suivant nous, grand tort, c'est lorsqu'elle fait dériver seulement de la demeure, où est le voleur, la responsabilité des cas fortuits, que la loi lui impose.

D'une part, en effet, le texte ne dit rien de pareil! il ne dit pas que le voleur doit la restitution du prix, de quelque manière que la chose ait péri, *parce qu'il est en demeure*.

Non! le texte est absolu.

D'autre part, le voleur n'est pas seulement un débiteur en demeure.

Il est encore plus que cela; il est un voleur! et voilà pourquoi, voilà même surtout pourquoi la loi lui impose, sans distinction, cette responsabilité rigoureuse des cas fortuits.

Aussi, venons-nous de voir que Pothier ne faisait point dériver cette responsabilité de la demeure. La demeure du voleur! il la présente, non pas comme le fondement principal de la règle, mais à titre seulement d'observation incidente et accessoire.

Le vrai fondement de la règle, qui établit cette responsabilité du voleur, c'est la cause illicite de sa possession; c'est la défaveur et la répression, qu'elle mérite.... *odio furti et violentiæ!*

Il ne s'agit pas ici, s'écrie Duranton, de dispositions pénales, ni d'un délit à punir! (T. XII, n° 506.)

Assurément non.

Mais il s'agit de déterminer, dans une sévère mesure, la responsabilité civile et pécuniaire de celui qui a soustrait par un vol, la chose d'autrui!

Voilà ce que fait justement notre texte.

4° Et quand on objecte enfin que ce texte, ainsi entendu, décrète une iniquité, puisque le propriétaire va s'enrichir, dit-on, aux dépens du voleur;

Notre réponse est encore toute prête.

C'est que, il n'y a rien, au contraire, d'excessif, à notre avis, dans cette responsabilité du voleur.

Est-ce que le débiteur, le plus loyal et le plus honnête, ne pourrait pas se charger des cas fortuits?

Certainement oui!

Et nous avons constaté que, lorsque le débiteur, en effet, s'est chargé des cas fortuits, il n'est pas admis à prouver que la chose, qui a péri chez lui, aurait également péri chez le créancier, si elle lui eût été livrée. (*Supra*, n° 776.)

Or, la responsabilité, que l'article 1302 impose au voleur, n'est pas autre!

Pourquoi donc cette responsabilité, qui peut résulter de la convention, ne pourrait-elle pas résulter de la loi?

Le voleur nous paraît, en effet, fort mal venu à se plaindre de ce que la loi le considère comme un débi-

teur, qui a pris à sa charge les cas fortuits ; de même qu'un autre, devenu débiteur en vertu d'une convention licite, aurait pu le faire ! (Comp. Delvincourt, t. II, p. 180 ; Toullier, t. IV, n° 468 ; Marcadé, art. 1303, n° 1 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 259 *bis* ; Larombière, t. III, art. 1302, n° 14.)

783. — Nous reconnaissons d'ailleurs que la solution, qui précède, cesserait d'être applicable, dans le cas où le voleur aurait fait au propriétaire des offres valables et satisfactoires, afin de restitution de la chose et de payement de dommages-intérêts.

Ce serait, alors, en effet, la faute du propriétaire de les avoir refusées.

A plus forte raison, en serait-il ainsi, dans le cas où une convention sur le fait du vol, et les intérêts civils, qui en résultaient, serait intervenue entre les parties. (Comp. Larombière, t. III, art. 1302, n° 14.)

784. — Toullier enseigne que :

« Cette rigueur de l'article 1302 ne s'applique, suivant le Code, qu'au voleur même, *à celui qui a soustrait la chose*, et non à son héritier. » (T. IV, n° 468.)

Mais cette doctrine nous paraît inadmissible.

Ce que l'article 1302 décrète, c'est, comme nous venons de le dire, une obligation de responsabilité civile et pécuniaire. (*Supra*, n° 783.)

Et il n'y a pas, à notre avis, de motif pour que cette obligation du défunt ne soit pas, comme toutes ses autres obligations, transmise, suivant le droit commun, à ses héritiers. (Art. 724, 873, 1220, 1009, 1012, 1013 ; comp. Larombière, t. III, art. 1302, n° 14.)

784 *bis*. — Mais aussi, comme l'article 1302 ne mentionne que le cas de vol (art. 379, Code pénal), nous pensons qu'il ne doit pas être étendu aux cas d'escroquerie ou d'abus de confiance, que son texte ne mentionne pas (art. 405-406), et qui, à la différence du vol, supposent, comme le remarque justement M. Larombière,

un consentement tel quel de la part du propriétaire. (T. III, art. 1302, n° 14.)

785. — Lorsque les conditions, requises par l'article 1302, ne se rencontrent pas, l'obligation de donner n'est pas éteinte par la perte de la chose due.

Et, en conséquence, à défaut de cette chose, qu'il ne peut plus livrer, le débiteur est obligé d'en payer le prix;

Sans préjudice, bien entendu, des dommages-intérêts, dont il pourrait, en outre, être tenu, suivant les cas. (Comp. art. 577, 1147, 1382.)

786. — Nous venons d'examiner le mode d'extinction de l'obligation par la perte de la chose, dans son application à l'obligation de donner un corps certain et déterminé; la seule application, suivant nous, que le législateur ait en vue, dans l'article 1302.

Les obligations de faire ou de ne pas faire sont certainement aussi soumises à l'application du principe fondamental, sur lequel l'article 1302 repose, à savoir : qu'à l'impossible nul n'est tenu!

Mais, en ce qui concerne cette catégorie d'obligations, ce n'est pas l'article 1302, qui règle l'effet, que produit l'impossibilité d'exécution; c'est l'article 1148!

Nous reconnaîtrons bientôt qu'il n'est pas sans intérêt de faire cette distinction. (*Infra*, n° 777.)

787. — Bornons-nous ici à remarquer que, pour que le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire, soit recevable à invoquer l'impossibilité d'exécution et l'effet que la loi y attache, il faut que cette impossibilité soit absolue et perpétuelle.

Il faut qu'elle soit absolue! (Art. 1147-1148.)

Et, par conséquent, il ne suffirait pas qu'un changement de circonstances, survenu dans l'intervalle du contrat à l'exécution, eût rendu cette exécution plus difficile ou plus onéreuse, si elle ne l'avait pas rendue impossible. (Comp. Paris, 28 mars 1874, Aubin, le *Droit* du 6 mai 1874.)

C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que le contrat d'assurance contre les chances du recrutement militaire embrasse, à défaut de stipulations restrictives, tous les risques inhérents à l'objet de la convention, et par conséquent aussi le risque, qui résulte de l'élévation du contingent survenu depuis cette convention. (9 janv. 1856, Miard, Dev., 1856, I, 129; comp. les savantes conclusions de M. l'avocat général Nicias Gaillard, *h. l.*, p. 130 à 133; Cass., 8 juillet 1873, Aaron, Dev., 1873, I, 359.)

Décision très-juridique, suivant nous, malgré le dissentiment de M. Larombière (t. III, art. 1302, n° 18);

Et que nous croyons d'autant plus devoir admettre, qu'elle est conforme à la doctrine, que nous avons présentée sur les articles 1147-1148. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 549 et 556; et le tome IV, n° 16.)

788. — Nous ajoutons qu'il faut que l'impossibilité d'exécution, en ce qui concerne les obligations de faire ou de ne pas faire, soit perpétuelle et définitive, et non pas seulement temporaire et accidentelle.

Ce qui résulterait, en effet, seulement d'un empêchement accidentel et momentané, ce serait un retard dans l'exécution; ce ne serait pas une impossibilité.

Du moins, y a-t-il là une question d'interprétation, à décider d'après la nature de la convention, son objet, les termes de l'acte et les diverses circonstances du fait.

On a donc pu, très-juridiquement, décider que, dans un contrat ayant pour objet la vente à tant la mesure de marchandises à fabriquer, l'impossibilité momentanée de fabriquer, où se trouve le vendeur, n'emporte pas, alors même qu'elle résulterait d'un cas de force majeure, la résiliation du contrat, et qu'elle en suspend seulement l'exécution;

Lorsque, d'ailleurs, les parties n'ont pas fait, des époques de livraison déterminées par elles, une condition

essentielle de la vente. (Comp. Cass., 13 févr. 1872, Gaillard, Dev., 1872, I, 61.)

Nous ne saurions mieux faire que de nous référer, sur cette thèse, aux remarquables conclusions, qui ont été données, devant la Cour d'appel de Rouen, par notre très-regretté disciple et ami, M. l'avocat général Lemarcis. (Dev., *loc. cit.*, p. 61.)

789. — III. Revenons à l'article 1302.

Et supposons maintenant que les conditions, qu'il exige pour que l'obligation soit éteinte par la perte de la chose, se rencontrent.

Quel est l'effet de ce mode d'extinction?

C'est la dernière question, que nous avons posée (*supra*, n° 746).

Notre texte y fait une réponse très-simple :

« *L'obligation est éteinte....* »

Cette rédaction, très-simple, en effet, est aussi très-notable!

L'article 1302 ne dit pas :

« *Le contrat est résolu.... le contrat est résilié.* »

Non! il se borne à dire :

« L'obligation est éteinte. »

Nous allons voir bientôt toute l'importance de cette formule (*infra*, n° 794).

790. — L'article 1303 ajoute :

« Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce « ou perdue sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y « a quelques droits ou actions en indemnité par rapport « à cette chose, de les céder à son créancier. »

On n'a jamais mis en doute que, dans le cas où le débiteur d'une chose certaine et déterminée, était tenu de la livrer à celui qui en était propriétaire, celui-ci avait droit, après la perte de cette chose par cas fortuit, à ce qui en restait, et aux accessoires destinés à son usage.

Paul a emprunté de Pierre un cheval tout harnaché. Le cheval meurt chez lui par cas fortuit. Évidemment Paul

doit, au moins, restituer à Pierre le cuir du cheval et les harnais.

Mais c'était, au contraire, une question controversée, dans notre ancien Droit, de savoir si, dans le cas où le débiteur d'une chose certaine et déterminée, était tenu de la livrer à celui, qui en était seulement créancier, celui-ci pouvait, après la perte de cette chose par cas fortuit, réclamer la partie, qui en restait, et ses accessoires.

Et, pour soutenir la solution négative, on avait employé des arguments, suivant nous, d'une subtilité et d'une iniquité singulières!

Pothier les réfutait, avec son bon sens habituel, dans un passage, que nous mettons quelque prix à citer; on va bientôt reconnaître pourquoi. (*Infra*, n° 793.)

« L'équité, disait-il, réclame pour la décision contraire; en effet, lorsqu'un bœuf, *que je vous ai acheté et payé*, est mort sans votre faute, avant la tradition, que vous deviez m'en faire, ne serait-ce pas une injustice manifeste que vous profitassiez du malheur, *que j'ai de supporter la perte de ce bœuf*, en retenant, à votre profit et à mon préjudice, la peau de ce bœuf, duquel vous m'étiez débiteur! Les principes du Droit établissent aussi notre décision; il n'est pas révoqué en doute que, de quelque manière qu'une chose qui m'appartient, soit périe, ce qui reste de cette chose m'appartient pareillement : *meum est quod ex re mea superest*. (L. 49, § I, ff. *de Rei vindicatione*.) Or, si le *jus in re*, le droit qu'on a dans une chose, tel qu'est le *dominium* ou droit de propriété, continue de subsister, après l'extinction de la chose, dans ce qui en reste, pourquoi le *jus ad rem*, le droit qu'on a par rapport à une chose, le droit de créance d'une chose, ne continuerait-il pas pareillement de subsister, après l'extinction de la chose, dans ce qui en reste? De même que *meum est quod ex re mea superest*, de même *mihi debetur quod ex re mihi debita superest....* » (N° 669.)

Cette solution est, en effet, tout à la fois réclamée par les principes du droit et par l'équité.

Et c'est aussi la solution, que notre article 1303 consacre.

791. — Il est d'autant plus certain que le législateur du Code consacre, en effet, dans cet article, la doctrine de Pothier, qu'il lui a emprunté, presque textuellement, sa formule.

Pothier concluait que :

« Si, après la perte de la chose par cas fortuit, *le débiteur a quelques droits et actions par rapport à cette chose, son obligation subsiste à l'effet qu'il soit tenu de subroger son créancier auxdits droits et actions.* » (N° 670.)

Mais cette subrogation, cette cession, qui pouvait être nécessaire, d'après les anciens principes, a cessé de l'être, d'après les principes nouveaux.

En Droit romain, et dans notre ancien Droit français, la propriété n'étant transférée que par la tradition, l'aliénateur d'une chose en demeurait propriétaire, même après le contrat d'aliénation, tant que la tradition n'en avait pas été faite; par conséquent, c'était à lui, que les actions relatives à cette chose, et la *vindicatio*, et la *condictio furtiva*, appartenaient. (Inst., *de Emptione et Venditione*, § III; Pothier, *loc. supra cit.*)

Et on comprend que, sous un tel régime, le débiteur fut tenu de céder ses actions à l'acquéreur, *créancier*.

Mais aujourd'hui que la propriété des choses certaines et déterminées est transmise par le seul effet du contrat (art. 711, 1138), c'est directement à l'acquéreur, devenu propriétaire, qu'appartiennent, sans aucune cession, les droits et actions, qui peuvent naître par rapport à la chose, dans l'intervalle du contrat à la tradition.

D'où Toullier conclut, en effet, que *l'article* 1303 *est l'un de ceux, qui doivent être réformés lors de la révision du Code !* (T. IV, n° 476.)

Et ce qui fait aussi que Marcadé s'écrie : *qu'il est un non sens dans le Code !* (Art. 1303, n° 1.)

La vérité est que cette disposition n'était pas nécessaire.

Nous venons d'en fournir la preuve pour le cas, le plus ordinaire, où l'acquéreur d'une chose certaine et déterminée, en devient propriétaire, dès avant la tradition.

Et, quant au cas, beaucoup plus rare, quoique très-possible également, où l'acquéreur d'une chose certaine et déterminée n'en doit devenir propriétaire que par la tradition (*infra*, n° 796), cet acquéreur pourrait aussi, même d'après le Droit commun, exercer, sans aucune cession, les droits et actions qui naîtraient, par rapport à la chose, dans l'intervalle du contrat à la tradition ; il pourrait, disons-nous, les exercer, d'après le Droit commun, en vertu de l'article 1382 :

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à au-« trui un dommage, oblige celui par la faute duquel il « est arrivé, à le réparer. »

Or, c'est l'acquéreur, devenu créancier de la chose, désormais à ses risques, qui souffrirait du dommage causé à cette chose.

Donc, il pourrait, en son propre nom, exercer directement l'action en dommages-intérêts contre l'auteur de ce dommage.

L'action en dommages-intérêts, disons-nous.

Et la revendication ?

Oh ! la revendication, exercée par lui, directement, en son propre nom, cela serait impossible juridiquement !

Il n'était pas encore propriétaire ; et il ne pouvait pas dire : *Aio hanc rem esse meam.*

Si donc il voulait exercer, contre le tiers auteur du dommage, la revendication de ce qui lui resterait encore de la chose, régulièrement il faudrait que le débiteur, qui était toujours resté seul propriétaire, lui cédât, en effet, son action en revendication.

Voilà donc un cas, dans lequel l'article 1303 ne serait pas *un non-sens*.

Il est vrai !

Mais un cas bien exceptionnel, et qui ne suffit peut-être pas pour expliquer la disposition générale, qu'il décrète !

792. — Lorsque l'obligation du débiteur d'un corps certain et déterminé dérive d'un contrat unilatéral, rien n'est plus simple que l'application de la règle posée par l'article 1302 et de ses conséquences.

« *L'obligation est éteinte*, » dit notre texte.

Or, il n'y a, dans ce cas, qu'une seule obligation.

Donc, tout est dit! tout est fini!

La chose déposée a péri, par cas fortuit, chez le dépositaire.

La chose prêtée à usage a péri, par cas fortuit, chez l'emprunteur.

L'obligation de restituer cette chose est éteinte.

Et le dépositaire, et l'emprunteur sont libérés! sauf même à demander au déposant ou au prêteur le remboursement des impenses qu'ils auraient faites pour la conservation de la chose, et qui, à raison de la nature de ces impenses, ne devraient pas demeurer à leur charge.

Voilà tout!

On n'a plus alors d'autres questions à se faire.

793. — Mais il en est autrement, lorsque l'obligation du débiteur d'un corps certain et déterminé dérive d'un contrat synallagmatique, d'une vente, par exemple, ou d'un échange.

Deux obligations corrélatives sont alors en présence.

Et il s'agit de savoir si la perte de la chose, par cas fortuit, qui éteint l'obligation du débiteur de cette chose, éteint aussi, du même coup, l'obligation corrélative de celui à qui cette chose devait être livrée.

La chose vendue a péri par cas fortuit, chez le vendeur; voilà donc l'obligation du vendeur éteinte.

Mais l'obligation de l'acheteur est-elle aussi éteinte? ou subsiste-t-elle toujours?

L'acheteur n'en doit-il pas moins payer le prix?

Plusieurs jurisconsultes enseignent que cette question n'est pas résolue par les articles 1302-1303.

« Il est à remarquer, disent MM. Aubry et Rau, que le Code ne s'occupe point ici de l'effet que produit, dans les contrats synallagmatiques, l'extinction de l'obligation de l'une des parties sur le sort de l'obligation de l'autre. Cette question, qui se rattache à la dissolution des contrats, sera traitée au § 348. » (T. IV, p. 243.)

M. Colmet de Santerre pense de même que :

« La section VI a seulement constaté que le débiteur était libéré, quand son obligation devenait inexécutable sans son fait ni sa faute; et qu'elle n'a pas statué sur le sort de l'obligation corrélative dans les contrats synallagmatiques. » (T. V, n° 260 *bis.*)

Tel n'est pas notre sentiment.

Nous considérons, au contraire, comme exacts, les deux points que voici, à savoir :

1° Que les articles 1302 et 1303 ne s'appliquent *qu'aux obligations de donner;*

2° Mais aussi qu'ils s'appliquent à *toutes les obligations de donner;*

Rien qu'à celles-là, mais à toutes celles-là!

De quelque cause qu'elles procèdent, soit d'un contrat unilatéral, soit d'un contrat bilatéral ou synallagmatique.

Historiquement d'abord, si l'on considère l'origine de ces textes, il nous semble que cette double proposition ne saurait être contestée.

Notre section : *De la perte de la chose due*, est extraite tout entière du chapitre VI de Pothier (n°s 649 et suiv.).

Or, Pothier traitait certainement, dans ce chapitre, de l'extinction de l'obligation par la perte de la chose, dans les contrats synallagmatiques comme dans les contrats

unilatéraux. Ne l'avons-nous pas vu, tout à l'heure, s'indigner contre la doctrine ancienne, qui allait jusqu'à refuser à l'acheteur d'un bœuf, *qui en avait payé le prix*, le droit de réclamer, contre le vendeur, qui conservait ce prix, le cuir de l'animal mort par cas fortuit! (*Supra*, nº 790.)

Comment donc admettre que le législateur du Code, qui empruntait à Pothier ses dispositions sur ce mode d'extinction des obligations, ait voulu le restreindre à un seul cas d'application!

Cela est d'autant plus inadmissible, que les termes, dont il s'est servi dans les articles 1302-1303, sont aussi généraux que possible, et qu'ils s'appliquent, en effet, à toute obligation de donner un corps certain et déterminé, sans distinguer, en aucune manière, de quelle cause cette obligation procède.

794. — Et maintenant, dès qu'il est reconnu que les articles 1302-1303 s'appliquent à toute obligation de donner un corps certain et déterminé, soit qu'elle dérive d'un contrat synallagmatique, soit qu'elle dérive d'un contrat unilatéral, il demeure, par cela même, suivant nous, démontré qu'ils décident, du même coup, ce que doit devenir, dans un contrat synallagmatique, l'obligation corrélative, correspondant à l'obligation, qui vient de s'éteindre par la perte de la chose.

En effet, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, l'article 1302 ne dit pas :

Le contrat est résolu,... le contrat est résilié.

Il dit : *L'obligation est éteinte!*

L'obligation de livrer le corps certain et déterminé est éteinte.

Et l'autre obligation, que devient-elle?

Évidemment, elle continue d'exister; et il faut que l'autre partie l'exécute.

La loi n'en dit rien!

Eh! c'est précisément parce que la loi n'en dit rien,

qu'elle la déclare maintenue; par cela même qu'elle dispose que l'une des obligations seulement est éteinte, elle dispose virtuellement que l'autre continue de subsister.

Aussi, n'admettons-nous pas, avec MM. Aubry et Rau, que *cette question se rattache à la dissolution des contrats*, où les savants auteurs l'ont transportée.

La vérité est qu'elle se rattache à l'*extinction des obligations*, où le législateur lui-même s'en occupe; et c'est là, en effet, sa vraie place!

Nous concluons donc que, dans les contrats synallagmatiques, lorsque l'obligation de donner un corps certain et déterminé vient à s'éteindre, de la part du débiteur, par la perte fortuite de ce corps, l'obligation corrélative de l'autre partie n'en continue pas moins de subsister.

795. — Cette conclusion n'est pas contestée, et n'est pas effectivement contestable, à l'égard des contrats synallagmatiques, qui sont translatifs du droit de propriété, ou plus généralement de droits réels; lesquels s'acquièrent immédiatement, *semel et simul*, comme on dit!

La chose vendue, certaine et déterminée, vient à périr, par cas fortuit, dans l'intervalle du contrat à la tradition? la perte de cette chose, qui libère le vendeur de l'obligation de la livrer, ne libère pas l'acheteur de l'obligation d'en payer le prix.

Voilà ce que nous écrivions sur l'article 1138, en annonçant, dès ce moment, que nous trouverions la confirmation de ce principe dans l'article 1302. (Comp. le tome I de ce *Traité*, nos 422-423.)

On s'accorde, disons-nous, sur cette application, lorsque le contrat synallagmatique, ayant pour objet une chose certaine et déterminée, en même temps qu'il a rendu l'un des contractants débiteur de la chose, en a rendu l'autre propriétaire.

Res perit domino!

Telle est la règle, sur laquelle se fondent un grand

nombre de partisans, parmi les plus autorisés, de cette doctrine.

796. — Mais c'est précisément cette règle-là, qui fait naître une autre difficulté très-grave.

Que faudra-t-il décider, si le contrat synallagmatique, ayant pour objet une chose certaine et déterminée, n'a pas néanmoins transmis la propriété de l'un des contractants à l'autre.

Cette espèce est beaucoup plus rare; mais elle n'est pas impossible.

J'ai vendu ma maison à Paul 100 000 fr., avec cette clause que la propriété ne lui en sera transférée qu'à l'expiration du délai de deux ans, après lequel seulement la livraison devra lui en être faite; et que j'en demeurerai jusque-là possesseur et propriétaire. C'est la clause que nous avons aussi déjà supposée. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 425.)

La même question pourrait s'élever sur une obligation alternative, dérivant d'un contrat synallagmatique, qui comprendrait plusieurs choses certaines et déterminées, si on admet (ce que nous n'admettons pas d'ailleurs pour notre part) qu'un tel contrat ne serait pas translatif de propriété. (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 23.)

Eh bien! donc, pour lequel des deux contractants, en cas pareil, la chose périra-t-elle?

La chose ou les choses dues périssent par cas fortuit.

Voilà le vendeur libéré de son obligation de livrer.

L'acheteur demeure-t-il néanmoins tenu de son obligation de payer le prix?

Nous répondons affirmativement, par le motif, que nous en avons déjà fourni sur l'article 1138. (Comp. le tome I de ce *Traité*, n° 425.)

A la règle : *Res perit domino*,

Nous répliquons par cette autre règle, meilleure, suivant nous, et plus juridique :

Rei perit creditori !

« *Debitor rei certæ fortuito interitu rei liberatur.* »

Telle est, en effet, à notre avis, la vraie base de la théorie des risques !

Il est même remarquable que les articles 1302 et 1303 n'appellent pas : *propriétaire,* celui auquel la chose doit être livrée ;

Ils l'appellent : *créancier,* comme faisait Pothier.

Cette maison, que je vous ai vendue 100 000 fr., avec la clause que vous n'en deviendrez propriétaire que dans deux ans, elle valait certainement bien cette somme à l'époque du contrat.

Mais voici que, dans l'intervalle du contrat à l'expiration des deux ans, sa valeur augmente ; elle est maintenant de 150 0000 fr.

Pour qui cette augmentation ?

Pour vous acquéreur, évidemment ; et cela, sans aucune augmentation de prix !

Supposons, au contraire, que la valeur de la maison a diminué ; elle ne vaut plus, quand je dois vous en livrer la propriété, que 50 000 fr.

Pour qui cette diminution ?

Pour vous encore acquéreur, évidemment ! (Art. 1245.)

Quem sequuntur commoda, eumdem sequuntur incommoda.

L'acquéreur ne pourrait pas demander la résiliation du contrat.

L'article 1182 l'y autorise, dans le cas d'une vente faite sous une condition suspensive.

Oui !

Mais aucun article ne l'y autorise, dans le cas d'une vente faite purement et simplement ou à terme.

Eh bien ! ces déductions doivent nous conduire fatalement à l'article 1302.

Dès qu'on applique, il le faut bien ! l'article 1245, on ne saurait se refuser à appliquer l'article 1302.

Voilà ce que remarquait, avec une grande exactitude, le jurisconsulte Paul :

« *Id quod, post emptionem, fundo accessit per alluvionem vel periit, ad emptorem commodum, incommodumque pertinet; nam et si totus ager post emptionem flumine occupatus esset, periculum esset emptoris; sic igitur et commodum.* » (L. 7, *princ.*, ff. *de Periculo et commodo rei venditæ.*)

Nous croyons donc devoir maintenir la thèse, que nous avons présentée sur l'article 1138.

Il faut, toutefois, que nous ajoutions que la thèse contraire est enseignée, avec un remarquable talent, par M. Labbé, dans son *Étude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due* (*Textes de Droit romain expliqués ;* voy. notamment les n[os] 81-84 et 127-129).

Et nous éprouvons un vif regret de nous séparer, sur ce point, de notre honoré collègue et ami, dont l'autorité est toujours, pour nous, une si grande garantie de la rectitude de nos doctrines.

797. — Les développements qui précèdent, nous apportent une nouvelle et dernière preuve encore de la différence profonde, qui distingue les contrats synallagmatiques, par lesquels l'une des parties s'oblige à donner une chose certaine et déterminée, d'avec les contrats synallagmatiques, par lesquels l'une des parties s'oblige soit à procurer un droit personnel de jouissance, soit à faire ou à ne pas faire.

S'il arrive, dans cette dernière classe de contrats, qu'un cas fortuit empêche cette partie d'exécuter son obligation, qu'est-ce que le législateur décide?

Est-ce que son obligation est éteinte?

Non pas!

Il décide que le *contrat est résilié;* il prononce l'égal anéantissement de l'une et de l'autre obligation, que le contrat avait produites!

C'est ainsi que l'article 1722 dispose que :

« Si, pendant la durée du bail, la chose louée est dé-

« truite en totalité par cas fortuit, *le bail est résilié de « plein droit....* »

Et l'article 1741 :

« *Le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée....* » (Ajout. art. 1867, 2e alinéa.)

Et l'article 1795 :

« *Le contrat de louage d'ouvrage est dissous* par la mort « de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur. » (Ajout. art. 1789-1790.)

Que l'on compare la rédaction de ces articles à celle de l'article 1302.

Quel contraste !

On peut d'ailleurs en fournir juridiquement une explication satisfaisante.

C'est que, en effet, les deux règles, sur lesquelles peut être fondée la disposition de l'article 1302, relative aux obligations de donner un corps certain, font également défaut dans les obligations, qui ont pour objet un droit personnel de jouissance, un fait ou une abstention.

La règle : *Res perit domino?*

Était-il possible de l'appliquer à cette dernière espèce d'obligations ?

Évidemment non !

Puisqu'elles ne sont pas translatives de propriété et qu'il n'y a pas un *dominus!*

La règle : *Res perit creditori?*

Pas davantage !

Puisque cette règle est fondée sur ce que le créancier, qui profiterait de l'augmentation de valeur de la chose, doit aussi, par réciprocité, en supporter la diminution et la perte. (*Supra*, n° 794.)

Or, il n'y a place à aucune réciprocité de chances semblables, dans les obligations, qui ont pour objet un droit personnel de jouissance, un fait ou une abstention.

La situation réciproque des parties se trouve alors, en

général, invariablement déterminée, dès le jour du contrat.

Le législateur a donc considéré que, dans la commune intention des contractants, l'obligation de celui, qui devient créancier d'un droit personnel de jouissance, d'un fait ou d'une abstention, a été subordonnée à l'exécution de l'obligation contractée par l'autre partie, c'est-à-dire à la prestation même de la jouissance, à l'accomplissement du fait promis, ou au non-accomplissement du fait interdit.

Aussi, peut-on dire que ces obligations sont, sous ce rapport, conditionnelles.

FIN DU VINGT-HUITIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

DU VINGT-HUITIÈME VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

SECTION I.

DU PAYEMENT.

§ III.

De l'imputation des payements.— Sommaire.............. Page 1

§ IV.

Des offres de payement et de la consignation. —Exposition. — Division.. 51

A.

Du cas où la dette a pour objet une somme d'argent.—Sommaire. 52

B.

Du cas où la dette a pour objet un corps certain. — Sommaire... 116

C.

Du cas où la dette a pour objet des choses indéterminées. — Sommaire.. 123

D.

Du cas où la dette a pour objet un fait ou une abstention. — Sommaire.. 130

§ V.

De la cession de biens. — Exposition. — Division. — Sommaire.. 133

A.

De la cession de biens volontaire. — Sommaire................ 135

B.

De la cession de biens judiciaire. — Sommaire................. 146

SECTION II.

DE LA NOVATION.

Exposition. — Historique. — Division. — Sommaire............. 156

I.

De quelles manières la novation s'opère. — Division. — Sommaire. 162

A.

Des règles générales, qui sont communes aux trois espèces de novations. — Sommaire.. 163

B.

Des règles particulières à chaque espèce de novation. — Sommaire. 190

II.

Quel est l'effet de la novation. — Sommaire.................. 236

SECTION III.

De la remise de la dette. — Exposition. — Division. — Sommaire. 267

I.

Ce que c'est que la remise ; et quel en est le caractère. — Sommaire.. 268

II.

Par qui et au profit de qui la remise peut être faite. — En quelle forme et de quelle manière elle peut être prouvée. — Sommaire. 277

III.

Quels sont les effets de la remise. — Sommaire................ 323

SECTION IV.

DE LA COMPENSATION.

Exposition. — Historique. — Division. — Sommaire............. 344

§ I.

De la compensation légale. — Division. — Sommaire............ 350

A.

Quelles sont les conditions requises pour que la compensation légale s'opère? — Exposition. — Division. — Sommaire......... 350

I.

Il faut, pour que la compensation légale s'opère, que les deux dettes soient fongibles entre elles. — Sommaire.............. 351

II.

Il faut, pour que la compensation légale s'opère, que les deux dettes soient liquides. — Sommaire......................... 376

III.

Il faut, pour que la compensation légale s'opère, que les deux dettes soient exigibles. — Sommaire....................... 397

IV.

Il faut, pour que la compensation légale s'opère, que les deux parties soient, personnellement et principalement, créancières et débitrices l'une de l'autre. — Sommaire.................. 406

V.

Il faut, pour que la compensation légale s'opère, que les deux dettes ou l'une d'elles ne soient pas du nombre de celles que la loi a exceptées de la règle de la compensation. — Sommaire... 439

VI.

La compensation ne peut pas s'opérer au préjudice des droits acquis à des tiers. — Sommaire............................. 479

B.

De quelle manière la compensation légale s'opère. — Et quels en sont les effets. — Sommaire................................ 489

§ II.

De la compensation facultative. — Sommaire.................. 496

§ III.

De la compensation reconventionnelle. — Sommaire............ 513

SECTION V.

DE LA CONFUSION.

Sommaire.. 528

SECTION VI.

DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE.

Sommaire.. 575

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OÙ IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome XXVIII, art. 1253 à 1303.)

LIVRE TROISIÈME.

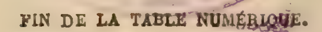
DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE TROISIÈME.

Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
1253.	4-6.	5-7.
1254.	6-32.	8-34.
1255.	32-36.	35-42.
1256.	37-50.	43-62.
1257.	55, 77, 93-107.	67, 105, 136-145.
1258.	56-77.	68-104.
1259.	77-88.	106-127.
1260.	89-92.	128-136.
1261.	107-111.	147-149.
1262.	111-114.	150-156.
1263.	114-116.	157-158.
1264.	116-132.	159-181.
1265.	133-134.	182.
1266.	134-135.	183-185.
1267.	136-146.	186-211.
1268.	148-153.	216-227.
1269.	154-156.	228-230.
1270.	154-156.	228-230.
1271.	162-163, 192-236.	238-239, 273-331.
1272.	166-185.	245-266.
1273.	161, 185-190.	236, 267-272.

Art. du Cod. Napol.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
1274.	215-217.	303-307.
1275.	218-223.	310-314.
1276.	223-235.	315-329.
1277.	194-195.	282-283.
1278.	239-261.	336-357.
1279.	249-261.	352-357.
1280.	261-265.	359-363.
1281.	265-267.	364-367.
1282.	284-304, 307-323.	399-425, 431-452.
1283.	304-307, 323.	426-430, 452.
1284.	292-296.	412-415.
1285.	326-327.	459-460.
1286.	316-317.	441-444.
1287.	296-297, 327-333.	414-416, 461-468.
1288.	333-344.	469-475.
1289.	344-350.	476-482.
1290.	489-494.	642-652.
1291.	352-409.	485-547.
1292.	399-400.	358-359.
1293.	441-467.	582-611.
1294.	409-425.	549-566.
1295.	426-439, 482.	567-581, 634.
1296.	393-397.	530-535.
1297.	494-496.	653-655.
1298.	479-488.	629-641.
1299.	467-479.	612-628.
1300.	531-555, 571-575.	696-722, 738-744.
1301.	555-571.	723-737.
1302.	577-621.	745-797.
1303.	609-613.	790-791.



FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

14754. — Typographie Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris.






DATE DUE
CAT. NO. 1137

